

Úrad pre verejné obstarávanie ako ústredný orgán štátnej správy pre verejné obstarávanie podľa § 140 a orgán príslušný podľa § 167 ods. 2 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov vo veci námietok záujemcu AAA (ďalej len „navrhovateľ“), zastúpeného advokátskou kanceláriou BBB, smerujúcich proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Zabezpečenie stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok Referenčné číslo: 62402/2016-BA“, vyhlásenej verejným obstarávateľom **Sociálna poisťovňa, ústredie**, Ul. 29 augusta 8 a 10, 813 63 Bratislava (ďalej len „kontrolovaný“) v Úradnom vestníku Európskej únie 20. 12. 2016 pod značkou 2016/S 245-447672 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 247/2016 z 21. 12. 2016 pod značkou 16919 - MSS, vydáva toto

r o z h o d n u t i e :

Úrad pre verejné obstarávanie **nariaďuje** podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **zrušiť** verejnú súťaž na predmet zákazky „Zabezpečenie stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok Referenčné číslo: 62402/2016-BA“, vyhlásenú verejným obstarávateľom **Sociálna poisťovňa, ústredie**, Ul. 29 augusta 8 a 10, 813 63 Bratislava “ v Úradnom vestníku Európskej únie 20. 12. 2016 pod značkou 2016/S 245-447672 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 247/2016 z 21. 12. 2016 pod značkou 16919 - MSS, **do 30 dní** odo dňa nadobudnutia právoplatnosti tohto rozhodnutia.

O d ô v o d n e n i e :

1. Navrhovateľ listom z 25. 01. 2017, doručeným Úradu pre verejné obstarávanie (ďalej len „úrad“) osobne v ten istý deň, podal námietky v listinnej podobe smerujúce podľa § 170 ods. 3 písm. b) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch. Námietky navrhovateľa boli úradu, ako aj kontrolovanému doručené v lehote podľa § 170 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti a prílohy námietok podľa § 170 ods. 5 a ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní.

Námietky navrhovateľa

2. Navrhovateľ v podaných námietkach konštatuje, že súťažné podklady obsahujú ustanovenia, ktoré považuje za nezákonné. Navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný zamietol jeho žiadosť o nápravu v plnom rozsahu svojím rozhodnutím z 18. 1. 2017, ktoré de facto rozdelil do troch samostatných celkov.

3. Navrhovateľ v súvislosti s oneskoreným podaním žiadosti o nápravu ako dôvodom zamietnutia jeho žiadosti o nápravu poukazuje na znenie § 164 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, str. 217 metodiky zadávania zákaziek, bod 57 rozhodnutia úradu č. 5082-6000/2016-ON/45 z 19. 5. 2016 ako aj na metodické usmernenie úradu č. 4171-5000/2016 z 21. 3. 2016. Z uvedených dokumentov podľa navrhovateľa vyplýva, že okamih prevzatia súťažných podkladov z EVO sa nemôže zakladať na domnienkach o hypotetickej možnosti prístupu k podkladom cez profil verejného obstarávateľa, ale na jednoznačnej informácii z EVO, že boli poskytnuté súťažné podklady. Touto jednoznačnou informáciou je email automaticky generovaný a odoslaný z EVO. Navrhovateľ konštatuje, že v tejto verejnej súťaži prevzal súťažné podklady 4. 1. 2017, čoho dôkazom je email z toho istého dňa.
4. Navrhovateľ **v prvej časti námietok** namieta podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (referenčné služby) stanovenú v časti A.2 „Podmienky účasti uchádzačov“, bod 3.1.1 súťažných podkladov (bod 52 tohto rozhodnutia), v zmysle ktorej sa za služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky považuje poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukážok. **Navrhovateľ je presvedčený, že kontrolovaný obmedzením akceptovaných referenčných služieb len na elektronické stravovacie poukážky stanovil nezákonnú podmienku účasti,** pretože predmet zákazky je schopný plniť aj dodávateľ, ktorý v minulosti zabezpečoval stravovanie vo forme papierových stravovacích poukážok. Navrhovateľ ďalej konštatuje, že kontrolovaný predmetným obmedzením referenčných služieb porušil zákon o verejnom obstarávaní, konkrétne **poukazuje na nesúlad s princípom proporcionality a taktiež na nedovolené obmedzenie hospodárskej súťaže a rozpor s princípom hospodárnosti a efektívnosti.**
5. Navrhovateľ **v bode 1 prvej časti námietok** konštatuje, že kontrolovaný by mal akceptovať referenciu so službou zabezpečenia stravovania poukážkami **bez ohľadu na to, či ide o referenciu s poukážkami papierovými alebo elektronickými,** a to najmä preto, že forma nosiča informácie nie je z pohľadu skúsenosti a riadneho plnenia predmetu zákazky podstatná. Navrhovateľ konštatuje, že požiadavka uvedená v súťažných podkladoch na predloženie zoznamu zmluvných zariadení s možnosťou platby elektronickou stravovacou kartou uchádzača, je najobjektívnejším dôkazom o schopnosti plniť zmluvné povinnosti. Navrhovateľ je presvedčený, že **kontrolovaný postupoval pri stanovení podmienky účasti v rozpore s princípom proporcionality.** Následne navrhovateľ poukazuje na povinnosť kontrolovaného stanoviť primerané podmienky účasti podľa § 38 ods. 5, princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, judikatúru českých súdov, rozhodnutie Úradu pro ochranu hospodárskej súťaže ČR ako aj judikatúru Súdneho dvora Európskej únie.
6. Navrhovateľ ďalej uvádza, že princípom proporcionality sa rozumie, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa **k tomu najmenej obmedzujúcemu** a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerne vo vzťahu k sledovaným cieľom. Navrhovateľ taktiež poukazuje na rozsudok Nejvyššího správního soudu ČR sp. Zn. 1 Afs 20/2008 z 5. 6. 2008, v ktorom sa uvádza, cit: „Komisia ES formuluje zásadu proporcionality ako všeobecnú zásadu práva EÚ, pričom z nej vyvodzuje, že obstarávateľ síce môže stanoviť cieľ, avšak zvolené opatrenia k dosiahnutiu tohto cieľa nesmú presiahnuť hranicu toho, čo je k dosiahnutiu zvoleného cieľa **vhodné a nevyhnutné.** Členský štát teda napríklad nemôže pri výbere medzi uchádzačmi vyžadovať žiadne technické, odborné alebo finančné schopnosti, ktoré sú vzhľadom k predmetu zákazky neprimerané alebo excesívne.“.

7. Podľa názoru navrhovateľa princíp proporcionality vyžaduje, aby verejný obstarávateľ neprekračoval hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov zákonnej úpravy. Cieľom zákonnej úpravy podmienok účasti týkajúcich sa technickej alebo odbornej spôsobilosti má byť vytvorenie predpokladu, že plnenie zmluvy bude vykonávané len takým zmluvným partnerom, ktorý pre verejného obstarávateľa zabezpečí jej bezproblémové plnenie. Podľa navrhovateľa ide predovšetkým o to, aby uchádzač, resp. záujemca preukázal svoje technické a odborné skúsenosti a schopnosti, ktoré sú nutným predpokladom pre úspešné realizovanie predmetu zákazky. Navrhovateľ konštatuje, že nastavenie podmienok účasti je nástrojom k zamedzeniu účasti v súťaži dodávateľom, ktorí by vzhľadom k svojim schopnostiam a skúsenostiam neboli schopní bezproblémovo realizovať predmet zákazky, resp., pri ktorých by toto riziko s najväčšou pravdepodobnosťou hrozilo a zároveň dodáva, že takáto „selekcia“ dodávateľov musí byť objektívna, transparentná a nediskriminačná vo vzťahu k schopnosti plniť predmet zákazky. Podľa názoru navrhovateľa podmienky účasti nesmú byť nastavené tak, aby boli prekážkou účasti v súťaži pre dodávateľa, ktorý z objektívneho hľadiska je schopný predmet zákazky splniť, aj keď nenapĺňa podmienky účasti stanovené verejným obstarávateľom. Vzťah medzi požadovanými podmienkami účasti a objektívnou schopnosťou splniť predmet zákazky je podľa navrhovateľa základným predpokladom zákonnosti. **Navrhovateľ konštatuje, že požadované technické alebo odborné podmienky účasti by teda mali byť z objektívneho hľadiska odborných schopností akousi nevyhnutnosťou, conditio sine qua non preto, aby mal verejný obstarávateľ zmluvného partnera schopného splniť svoje záväzky.**
8. Podľa názoru navrhovateľa kontrolovaným stanovená podmienka účasti akceptujúca (pripúšťajúca) len referencie týkajúce sa zabezpečenia stravovania elektronickými stravovacími poukážkami nie je v súlade s princípom proporcionality, pretože nie je adekvátnym opatrením vo vzťahu k cieľu inštitútu preukazovania podmienok spôsobilosti. Poskytovanie služby zabezpečenia stravovania vo forme elektronickej stravovacej poukážky nie je tak unikátnym zmluvným plnením, že by ho bol schopný splniť len subjekt, ktorý má úplne totožnú referenciu. Navrhovateľ následne **poukazuje na predmet zákazky a konštatuje, že zabezpečenie stravovania elektronickými a papierovými stravovacími poukážkami nevykazuje z pohľadu činnosti poskytovateľa žiadne podstatné odlišnosti.** Naopak činnosti pre riadne a včasné plnenie sú totožné pri elektronických aj papierových stravovacích poukážkach a rozdiel je výhradne vo forme nosiča informácie o poukážke. Navrhovateľ následne uvádza znaky podnikateľskej činnosti v segmente zabezpečenia stravovania zamestnancov prostredníctvom poukážok, t. j., že podnikateľ podnikajúci v oblasti stravovania prostredníctvom poukážok musí mať uzatvorené zmluvy o spolupráci s adekvátnym množstvom zariadení poskytujúcich stravovacie služby v požadovanom regióne, zabezpečenú akceptáciu jeho stravovacích poukážok v stravovacom zariadení a taktiež zabezpečenú distribúciu poukážok k stravníkov, resp. k verejnému obstarávateľovi.
9. **Navrhovateľ konštatuje, že zjavne najpodstatnejším a nosným znakom podnikateľskej činnosti v oblasti sprostredkovania stravovania stravnými poukážkami je dostatočné množstvo zmluvných partnerov poskytujúcich stravovanie, ktorí akceptujú poukážky dodávateľa. Samotná forma nosiča informácie o poukážke nie je podstatná a ide len o technické prevedenie.** Navrhovateľ uvádza, že tak ako bol pred dvomi rokmi jedinou formou poukážky kus papiera a ako je dnes novou formou nosiča poukážky čipová karta, môže byť podľa navrhovateľa o pár rokov moderným nosičom úplne iné technické riešenie. Podľa navrhovateľa by to však nemalo znamenať, že o súťaženie týchto zákaziek s novšou technológiou nebude dovolené zabehnutým tržným subjektom a že skúsenosti relevantných súťažiteľov z predchádzajúcich rokov vykonávania tejto podnikateľskej činnosti strácajú

význam. Navrhovateľ je presvedčený, že súťažná podmienka s takýmto obmedzujúcim dopadom je skrytou diskrimináciou subjektu schopného plniť predmet zákazky v zmysle rozhodnutia Európskeho súdneho dvora č. C-360/89 z 3. 7. 1992 vo veci Európska komisia proti Taliansku.

10. **Navrhovateľ sa domnieva, že verejným obstarávateľom vyžadovaná referencia je nielen skryto diskriminačná, ale taktiež nemá objektívnu výpovednú hodnotu, pretože pri poukážkach je z pohľadu skúseností úplne jedno, aký finančný objem poukážok podnikateľ dodá, keďže sa jedná o opakujúcu sa totožnú činnosť.** Absencia objektívnej vypovedacej hodnoty požadovanej referencie je o to vypuklejšia pri elektronických stravovacích poukážkach, keďže pri tejto forme je úplne jedno, či je na čipové karty on-line „nahrať“ kredit za jedno alebo milión EUR. Ad absurdum by verejný obstarávateľ splnil túto neobjektívnu požiadavku na referenciu podľa navrhovateľa, ak by vydal spriaznenej spoločnosti jednu čipovú kartu, akceptovanú v jednom stravovacom zariadení, na ktorú by elektronicky „nahral“ kredit vo výške 4 mil. EUR.
11. Navrhovateľ **v bode 2 prvej časti námietok** konštatuje, že kontrolovaný postupoval pri stanovení podmienky účasti tak, že **nedovolené obmedzil hospodársku súťaž a postupoval v rozpore s princípom hospodárnosti a efektívnosti.** Podľa názoru navrhovateľa princíp hospodárnosti a efektívnosti vyžaduje zabezpečenie čo najhospodárnejšieho využívania verejných zdrojov, ktoré predpokladá získanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, čomu by mala zodpovedať prirodzená snaha verejného obstarávateľa dosiahnuť čo najširšiu hospodársku súťaž. Cieľom právnej úpravy verejného obstarávania je čo najviac priblížiť súkromné podnikateľské prostredie konaniu subjektov hospodáriacich s verejnými prostriedkami, teda vytvoriť súťaž tam, kde nie je na strane objednávateľa prirodzené súťažné správanie. Navrhovateľ uvádza, že súkromnoprávny podnikateľský subjekt by sa vždy snažil získať ponuky od čo najväčšieho možného množstva dodávateľov, aby vybral skutočne tú najvýhodnejšiu ponuku a dodáva, že existenciu takejto povinnosti pre verejných obstarávateľov zadefinovala doktrína, ale aj rozhodovacia prax súdov.
12. Podľa názoru navrhovateľa **verejný obstarávateľ by mal mať, najmä u takto objemných zákaziek, predstavu o množstve tržných subjektov, ktoré sú schopné splniť jeho požiadavky na podmienky účasti.** Podľa názoru navrhovateľa by mal kontrolovaný pred zahájením verejného obstarávania urobiť prieskum, či už v rámci prípravných trhových konzultácií, kontroly minulých súťaží vo Vestníku verejného obstarávania alebo v rámci kontroly evidencie referencií vedenej úradom, koľko relevantných dodávateľov je schopných splniť jeho podmienky účasti a tieto podmienky nastaviť tak, aby bola vo verejnom obstarávaní zabezpečená riadna súťaž. Inak povedané verejný obstarávateľ by pri určení podmienok účasti nemal prihliadať len na primeranosť k predmetu zákazky, ale aj na aktuálnu situáciu na trhu dodávateľov. **Táto implicitná povinnosť verejného obstarávateľa je o to dôležitejšia v prípade, kedy sa predmet zákazky týka technickej novinky elektronických stravovacích poukážok, ktorá v minulosti obstarávaná nebola a neexistujú referencie, resp. bola obstarávaná poukážka v papierovej forme.**
13. Navrhovateľ konštatuje, že k tejto povinnosti sa náležite vyjadril český Úrad pro ochranu hospodářské soutěže vo svojom rozhodnutí čj. UOHS-R135,151/2008/02-1007/2009/310/Jha z 26. 1. 2008 (ďalej len „rozhodnutie 1“), ktorého relevantnú časť následne cituje. Navrhovateľ konštatuje, že v rozhodnutí 1 je okrem iného uvedené, cit.: „Z úřední činnosti Úřadu je známo, že problematika koncepce a způsobu měření rychlosti soukromými dodavateli ve městech se **teprve vytváří.** To samo o sobě dokládá, že pokud zadavatel

požadoval po uchazečích **poměrne rozsáhlou předchozí zkušenost na tomto trhu** (požadavkem na predložení seznamu významných služeb), má takový požadavek **potenciál omezit soutěž** ucházečů o veřejnou zakázku ve směru k omezení možnosti účasti d'alších nových dodávateľů. (...) Je síce pravda, že sa jednalo o otvorené řízení náležitě zveřejněné v informačních systémech (jak zdůrazňuje vybraný ucházeč), avšak tato skutečnost nedává odpověď na otázku, proč se právě do veřejné zakázky tohoto typu (s předpokládanou hodnotou v řádu desítek miliónů Kč přihlásil prakticky jeden ucházeč, **respektive pouze jeden ucházeč byl schopen splnit zadávací podmínky. Nelze proto paušálně souhlasit s tvrzením zadavatele, že nemá povinnost zkoumat, kolik potenciálních ucházečů je schopno splnit zadávací podmínky, neboť podobné tvrzení by umožňovalo v takto výjimečných případech volit výrazně diskriminační podmínky.** (...) V rámci přípravy zadávacích podmínek tak zadávateľ s péčí řádného hospodáře byl povinnen zohľadnit i specifiká relatívne nového trhu a adekvátním způsobem na ně reagovat.“.

14. Navrhovateľ ďalej konštatuje, že uvedená povinnosť verejného obstarávateľa konfrontovať ním nastavené podmienky účasti s existujúcimi podmienkami trhu bola potvrdená aj rozhodnutím Krajského súdu v Brne čj. 62 Ca 15/2009-71, v ktorom je uvedené, že ak verejný obstarávateľ požaduje plnenie, ktorého bolo v relevantnom období poskytnuté len malý počet alebo len zo strany malého okruhu dodávateľov, musí túto skutočnosť verejný obstarávateľ zohľadniť tak, že nastaví podmienky vedúce k otvoreniu súťaže, inak by mohlo dôjsť k neúmernému obmedzeniu hospodárskej súťaže a faktickej monopolizácii konkrétneho trhu služieb.
15. Navrhovateľovi je z jeho činnosti známe, že v súčasnej dobe na slovenskom trhu pôsobí 5 etablovaných spoločností (vrátane neho), ktoré majú vo svojom podnikateľskom portfóliu službu zabezpečenia elektronickými stravovacími poukážkami. Navrhovateľ konštatuje, že po kontrole Vestníka verejného obstarávania a evidencie referencií je možné zistiť, že kontrolovaným požadovanú referenciu v celkovom objeme 4 000 000,- EUR bez DPH a individuálnom objeme 400 000,- EUR bez DPH spĺňa len jedna spoločnosť, a to: spoločnosť CCC (ďalej aj „uchádzač č. 1“), ktorej konkrétne referencie následne navrhovateľ uviedol vo svojich námietkach.
16. Podľa navrhovateľa z vyššie uvedenej nevyvrátiteľnej skutočnosti vyplýva, že verejný obstarávateľ nenastavil podmienky účasti tak, aby mohla byť zrealizovaná skutočná hospodárska súťaž, keďže v rámci slovenského trhu existuje len jeden subjekt, ktorý požadovanou celkovou a individuálnou referenciou disponuje. Navrhovateľ je presvedčený, že nie je pravdepodobné, že by ostatné podnikateľské subjekty (okrem spoločnosti CCC) disponovali adekvátnou referenciou zo súkromného sektora, keďže elektronické stravné poukážky sa do praxe začali zavádzať až koncom roka 2016. Navrhovateľ konštatuje, že kontrolovaný tím, že nevykonal prieskum trhu a nezabezpečil hospodársku súťaž tak, ako plynie z rozhodnutia 1 a nadväzujúceho rozsudku Krajského súdu v Brne, uprel navrhovateľovi ako relevantnému súťažiteľovi na poli zabezpečenia stravovania formou poukážok možnosť zúčastniť sa súťaže o zákazku.
17. Navrhovateľ k bodom 14 až 16 zamietnutia žiadosti o nápravu uvádza, že zo strany kontrolovaného muselo dôjsť k nepochopeniu žiadosti o nápravu, keďže žiadosť o nápravu nesmeruje proti vymedzeniu predmetu zákazky, ktorý podľa konštantnej judikatúry taktiež môže byť objektom skrytej diskriminácie, ale proti podmienkam účasti a ich primeranosti vzhľadom k cieľom, ktoré podmienky účasti majú naplniť (t. j. selektovať dodávateľov

schopných splniť zákazku a zároveň nenarušiť riadnu hospodársku súťaž). Navrhovateľ k bodu 17 zamietnutia žiadosti o nápravu uvádza, že ani finančný objem referencie nebol predmetom žiadosti o nápravu, a teda došlo zo strany kontrolovaného k nepochopeniu žiadosti o nápravu.

18. Navrhovateľ k bodu 18 zamietnutia žiadosti o nápravu, v ktorom kontrolovaný upozorňuje na možnosť použiť k preukázaniu časti spôsobilosti subdodávateľa, uvádza, že samotná zákonná možnosť využiť subdodávateľa nie je dostatočným ospravedlnením pre neprimeranosť súťažnej podmienky. Okrem toho nie je podľa navrhovateľa možné akceptovať myšlienku, že by mal byť uchádzač, ktorý je schopný plniť zmluvu, závislý na dohode so subjektom, ktorý je jeho priamym konkurentom, keďže takýto konkurent mu takúto referenciu neposkytne, pretože sa o zákazku uchádza sám. Navrhovateľ v tejto súvislosti odkazuje na rozhodnutie českého úradu čj. S456/2011/VZ-17590/2011/510/Hod a na rozsudok Krajského súdu v Brne čj. 62 Af 74/2010, ktoré sa vyjadrujú k podmienkam súťaže, ktoré činia dodávateľa závislým na kvalifikačnom predpoklade konkurencie.
19. Navrhovateľ k bodu 19 zamietnutia žiadosti o nápravu, v ktorom kontrolovaný zvláštnym spôsobom spochybňuje jeho tvrdenie o tom, že jediným tržným subjektom s danou referenciou je spoločnosť CCC, uvádza, že kontrolovaný neuviedol koľko ďalších subjektov by podľa jeho prieskumu trhu malo byť schopných podmienky účasti splniť. Podľa navrhovateľa týmto kontrolovaný prakticky priznáva, že si neurobil prieskum trhu, koľko subjektov splní podmienky účasti a či tým pádom bude zabezpečená skutočná súťaž. Navrhovateľ konštatuje, že pri zákazke s takýmto veľkým objemom je podozrivé, keď kontrolovaný nevie, koľko ponúk vzhľadom na svoje požiadavky môže očakávať.
20. Navrhovateľ v druhej časti námietok namieta **pomocné kritérium hodnotenia v prípade rovnosti návrhov na plnenie kritérií** stanovené v časti A.3 „Kritériá na vyhodnotenie ponúk a pravidlá ich uplatnenia“ bod 10 súťažných podkladov (bod 53 tohto rozhodnutia), v zmysle ktorého **pomocným hodnotiacim kritériom pre prípad rovnosti ponúk uchádzačov je vyšší objem jednej poskytnutej služby, doloženej v rámci preukazovania podmienok spôsobilosti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní**. Podľa názoru navrhovateľa je predmetné pomocné rozhodovacie kritérium v rozpore s judikatúrou, podľa ktorej nie je prípustné hodnotiť skutočnosti, ktoré sú posudzované v rámci podmienok spôsobilosti a konštatuje, že jeho využitie reálne hrozí, keďže v súťažiach na stravné lístky je bežné, že sú výsledky hodnotenia zhodné.
21. Navrhovateľ konštatuje, že pravidlá pre kritériá na vyhodnotenie ponúk sú upravené v § 44 zákona o verejnom obstarávaní, pričom kritérium musí súvisieť s predmetom zákazky a musí byť ukazovateľom výhodnosti ponuky pre verejného obstarávateľa („value for money“). **Navrhovateľ je presvedčený, že kritériom na vyhodnotenie ponuky teda nemôže byť parameter ponuky, ktorý nemá pre verejného obstarávateľa ekonomický prínos**. Toto pravidlo platí pre hlavné, ale aj pomocné kritériá hodnotenia. Podľa názoru navrhovateľa pomocné hodnotiace kritérium najvyššej individuálnej alebo obdobnej alebo rovnakej referencie nevyjadruje ekonomický význam, nie je z pohľadu predmetu zákazky prínosom ani pre plnenie zákazky, a preto nie je akceptovateľným ukazovateľom pomeru ceny a kvality. Navrhovateľ zároveň dodáva, že hodnotiace kritérium „výška referencie“ nie je uvedené v § 44 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní v konečnom výpočte kritérií v prípade hodnotenia na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, a preto podľa navrhovateľa nemôže byť ani pomocným hodnotiacim kritériom.

22. Navrhovateľ zároveň konštatuje, že určenie podmienky účasti ako pomocného hodnotiaceho kritéria považuje za nezákonné aj úrad, ktorý v dokumente „Najčastejšie porušenia zákona o verejnom obstarávaní zistené úradom pri výkone dohľadu nad verejným obstarávaním v období od 1. 1. 2010 – 30. 6. 2016“, konštatuje, cit.: „Používanie neprípustných kritérií na vyhodnotenie ponúk nastáva, ak v prípade rovnosti návrhov na plnenie kritérií je ako určujúce kritérium pre výber úspešného uchádzača stanovený počet referencií uchádzača.“. Navrhovateľ má za to, že citované konštatovanie sa síce týka počtu referencií, avšak je bez rozdielu aplikovateľné aj na hodnotenie objemu jednej referencie.
23. Navrhovateľ taktiež odkazuje pri druhej časti námietok na svoju argumentáciu uvedenú v žiadosti o nápravu, pričom má za to, že kontrolovaný sa nevyjadril k jeho argumentom o tom, že pomocné kritérium nevyjadruje ekonomickú výhodnosť, nesúvisí s predmetom, týka sa subjektu a nie predmetu. Navrhovateľ súhlasí s tým, že hodnotiace kritériá sú v zákone o verejnom obstarávaní stanovené demonštratívne, avšak ide o takú nepresnosť uvedenú v žiadosti o nápravu, ktorá však nemá vplyv na podstatu namietaného porušenia uvedeného v žiadosti o nápravu.
24. Navrhovateľ v závere námietok konštatuje, že ako dodávateľovi zabezpečujúcemu hromadné stravovanie na území Slovenskej republiky s dlhoročnými a rozsiahlymi skúsenosťami mu nie je umožnené o zákazku sa uchádzať, a to aj napriek tomu, že má zmluvne zabezpečené veľké množstvo stravovacích zariadení akceptujúcich elektronické stravovacie poukážky, disponuje vlastným riešením elektronickej stravovacej poukážky a je bez obmedzenia alebo rizika porušenia zmluvy schopný zákazku plniť, keďže nedisponuje tak objemnou referenciou výhradne zo zabezpečenia stravovania elektronickými stravovacími poukážkami, čo je dané tým, že elektronické stravné poukážky sú novinkou na trhu. Navrhovateľ v súvislosti s pomocným rozhodovacím kritériom konštatuje, že pri zhode ponúk nebude rozhodovať kvalita plnenia, ale subjektívne parametre uchádzačov a dodáva, že predmetná požiadavka môže viesť k monopolnému postaveniu spoločnosti CCC. Keďže takáto podmienka ovplyvňuje počet účastníkov obstarávania, navrhovateľ konštatuje, že jej porušenie má vplyv na výsledok verejného obstarávania. Navrhovateľ konštatuje, že sa cíti skryto diskriminovaný, keďže sa o zákazku nemôže uchádzať a zároveň konštatuje, že v minulosti realizoval viacero veľkých zákaziek na službu zabezpečenia stravovania poukážkami.
25. V petite námietok navrhovateľ žiada úrad, aby ak v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadil odstrániť protiprávny stav (navrhovateľ konkretizuje spôsob odstránenia protiprávneho stavu pri podmienke účasti ako aj pri pomocnom rozhodovacom kritériu alternatívnym spôsobom) a primerane predĺžiť lehotu na predkladanie ponúk alebo zrušiť použitý postup zadávania zákazky.

Začiatok konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

26. Vzhľadom na to, že kontrolovaný v predmetnom verejnom obstarávaní postupuje podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, tzv. reverznou verejnou súťažou, kedy sa vyhodnotenie splnenia podmienok účasti podľa § 40 zákona o verejnom obstarávaní uskutočňuje po vyhodnotení ponúk podľa § 53 zákona o verejnom obstarávaní a ponuky sa nemusia predkladať podľa § 49 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok navrhovateľa začalo podľa § 171 ods. 3 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. dňom doručenia oznámenia o začatí

konania navrhovateľovi a kontrolovanému ako účastníkom konania. Predmetné oznámenie o začatí konania bolo doručené kontrolovanému 13. 2. 2017 a navrhovateľovi 14. 2. 2017. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že predmetné oznámenie o začatí konania bolo doručené na vedomie právneho zástupcovi navrhovateľa 13. 2. 2017. Úrad konštatuje, že predmetné konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok začalo 14. 2. 2017, t. j. v deň kedy bolo už obom účastníkom konania doručené oznámenie o začatí konania.

27. Následne úrad listom č. 3257-6000/2017-ODI-V z 9. 3. 2017 vyzval kontrolovaného, aby v zmysle § 173 ods. 2 a ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní doručil úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam a kompletnú dokumentáciu v origináli k danému verejnému obstarávaniu, a to v lehote do piatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetnej výzvy. Kontrolovaný následne doručil úradu písomné vyjadrenie k námietkam a nekompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu 20. 3. 2017. Vzhľadom na to, že kontrolovaný nedoručil úradu kompletnú dokumentáciu k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli do piatich pracovných dní odo dňa doručenia výzvy úradu v súlade s § 173 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, úrad rozhodnutím č. 3257-6000/2017-ODI-P z 11. 4. 2017 prerušil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a súčasne nariadil kontrolovanému doručiť úradu kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote desiatich pracovných dní odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia. V dodatočnej lehote určenej úradom, konkrétne 3. 5. 2017, doručil kontrolovaný úradu doplnenie dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu v origináli.
28. Úrad zároveň konštatuje, že rozhodnutím č. 3257-6000/2017-ODI-PO o predbežnom opatrení z 9. 3. 2017 podľa § 173 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní pozastavil konanie kontrolovaného a rozhodol, že lehoty, ktoré určil kontrolovaný a lehoty kontrolovanému v predmetnej verejnej súťaži neplynú, a to až do nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu podľa § 174 alebo § 175 zákona o verejnom obstarávaní. Predmetné rozhodnutie o predbežnom opatrení bolo kontrolovanému doručené 13. 3. 2017.

Písomné vyjadrenie kontrolovaného k námietkam

29. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení uvádza, že v zamietnutí žiadosti o nápravu poukázal na špekulatívne zmýšľanie navrhovateľa, ktoré eviduje už v súvislosti s jeho komunikáciou pri preberaní súťažných podkladov a ním podanou žiadosťou o nápravu po zákonnej lehote. Kontrolovaný dodáva, že uvedené tvrdenia žiaľ nemá možnosť podložiť relevantnými dôkazmi.
30. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k **bodu 1 prvej časti námietok** navrhovateľa uvádza, že stanovil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a v súlade so všetkými jeho princípmi. Kontrolovaný následne poukazuje na základný cieľ, resp. účel princípu proporcionality uvedený v dokumente metodika zadávania zákaziek, ktorý je zverejnený na webovom sídle úradu a taktiež aj na odbornú literatúru.
31. Kontrolovaný konštatuje, že v zmysle metodiky a rozhodnutí úradu¹ je oprávnený stanoviť formu stravovacích poukázok, ak je ním vyžadovaná forma objektívne schopná dosiahnuť účel verejného obstarávania, teda sprostredkovanie stravovania lepšie, ako iné známe formy.

¹ napr. metodické usmernenie úradu č. 13631-5000/2015, rozhodnutie rady úradu č. 7332-9000/2016-KR/8

Kontrolovaný podotýka, že uprednostnenie jednej formy predmetu zákazky pred inou nemusí byť nutne znakom diskriminácie záujemcov, pretože je potrebné posudzovať uplatniteľnosť a využiteľnosť tej ktorej formy na zabezpečenie účelu verejného obstarávania. Kontrolovaný dodáva, že je oprávnený vymedziť predmet zákazky vždy v závislosti od konkrétnej situácie a svojich potrieb. Kontrolovaný konštatuje, že si legitímne zvolil na zabezpečenie a dosiahnutie účelu, resp. cieľa verejného obstarávania, tzn. na zabezpečenie stravovania svojich zamestnancov, formu elektronických stravovacích poukážok. Kontrolovaný konštatuje, že si týmto spôsobom plní zákonnú povinnosť zabezpečenia stravovania zamestnancov podľa § 152 zákona č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov (ďalej len „Zákonník práce“). Kontrolovaný považuje za opodstatnené a potrebné od uchádzačov a záujemcov požadovať, aby bolo stravovanie jeho zamestnancov zabezpečené poskytovateľom, ktorý má skúsenosti so zabezpečením stravovacích služieb prostredníctvom tej formy stravovacích poukážok, ktorú si zvolil, nakoľko považuje za neadekvátne a neprípustné podstúpiť riziko, že zabezpečenie stravovania nebude najmä z technických dôvodov, resp. z dôvodu technického zlyhania poskytnuté jeho zamestnancom dostatočne kvalitne a efektívne, resp. nebude poskytnuté vôbec.

32. Kontrolovaný poukazuje na rozhodnutie rady úradu č. 7332-9000/2016-KR/8, pričom má za to, že tak ako má možnosť voľby medzi formou, resp. druhom stravovacích poukážok, tzn. je na jeho rozhodnutí akú formu stravovacích poukážok bude požadovať, teda či papierovú alebo elektronickú, má analogicky v nadväznosti na zvolenú formu stravovacích poukážok možnosť, resp. povinnosť určiť podmienku účasti v súlade s § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, a teda požadovať preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzača v súvislosti so zvolenou formou stravovacích poukážok, teda podľa druhu alebo využitia služieb.
33. Kontrolovaný uvádza, že určil minimálnu požadovanú úroveň štandardov na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa druhu a využitia požadovaných služieb, keďže elektronickú stravovaciu kartu je možné používať iba za splnenia špecifických technických podmienok, ktorých naplnenie je v porovnaní s používaním papierových stravovacích poukážok diametrálne odlišné, neporovnateľné a technologicky náročnejšie. Kontrolovaný má za to, že poskytovanie elektronických stravovacích poukážok predstavuje komplexné technicko-administratívne riešenie, ktorého riadne a bezproblémové zvládnutie si vyžaduje prístup k špecifickému odbornému know-how, ktoré nie je bežné a porovnateľné s know-how poskytovaním papierových stravovacích poukážok. Kontrolovaný v tejto súvislosti poukazuje na konkrétne rozdiely medzi elektronickou a papierovou formou stravovacích poukážok a dodáva, že pri elektronickej forme stravovacej poukážky sú ďalšie (naviac) činnosti, ktoré je potrebné zabezpečiť v porovnaní s papierovou formou stravovacích poukážok.
34. Kontrolovaný na podporu svojich tvrdení uvedených vo svojom vyjadrení predložil žiadosť o odborné stanovisko zo 17. 3. 2017 obsahujúce štyri otázky adresované znaleckej organizácii a taktiež odborné stanovisko č. 4/2017 vypracované znaleckou organizáciou CORPORA, a.s. (evidenčné číslo znaleckej organizácie 900120), zapísanou v zozname znalcov tlmočníkov a prekladateľov, ktorý vedie Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky (ďalej len „odborné stanovisko“). Kontrolovaný sa následne vo svojom vyjadrení odvoláva na predmetné odborné stanovisko.
35. Kontrolovaný konštatuje, že znalec v odbornom stanovisku jednoznačne uviedol, že **relevantné rozdiely v technologickom procese poskytovania služieb v oblasti sprostredkovania stravovania prostredníctvom stravovacích poukážok formou**

papierových stravovacích poukážok a formou elektronických stravovacích poukážok asociovaných k elektronickým stravovacím kartám **existujú**, pričom tieto rozdiely sú principiálne technologické a významným spôsobom odlišujú obe formy použitia. Tým najpodstatnejším rozdielom je, že pri elektronických stravovacích poukážkach je nutnosťou mať vybudovanú akceptačnú sieť s adekvátnym technologickým vybavením, ktoré pri akceptácii papierových stravovacích poukážok nie je nutné.

36. Kontrolovaný konštatuje, že znalec v odbornom stanovisku v súvislosti s otázkou č. 2 jednoznačne uviedol, že **poskytovanie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukážok je rozdielnym a unikátnym plnením** v kontexte požiadaviek technickej a technologickej náročnosti zabezpečenia týchto služieb, pričom pomenúva výpočet (nie konečný) činností, ktoré je potrebné v súvislosti so zabezpečením prevádzky elektronických stravovacích poukážok technologicky zabezpečiť a ktoré sú v súvislosti s poskytovaním papierových stravovacích poukážok nepotrebné, čím je preukázaný rozdiel v náročnosti poskytovania stravovacích služieb prostredníctvom elektronických a papierových stravovacích poukážok.
37. Kontrolovaný na základe uvedeného má za to, že určil podmienku účasti v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a princípom proporcionality, keďže jej určením nepresiahol hranicu toho, čo je k dosiahnutiu zvoleného cieľa vhodné a nevyhnutné, nakoľko bezprostredne súvisí s predmetom zákazky, z hľadiska preukázania technických a odborných schopností uchádzača a v kontexte rozsahu požadovaného plnenia v súvislosti s počtom zamestnancov, ako aj počtom pracovísk kontrolovaného a ich teritoriálneho pokrytia je pre kontrolovaného nevyhnutnosťou k získaniu zmluvného partnera schopného plniť svoje záväzky. Kontrolovaný v tejto súvislosti dodáva, že prípadné preukázanie splnenia podmienky účasti predložením poskytnutých služieb zabezpečenia stravovania prostredníctvom papierových stravovacích poukážok mu neprinesie záruku, že takýto zmluvný partner bude technicky a technologicky schopný zabezpečiť poskytovanie stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukážok.
38. K tvrdeniam navrhovateľa o skrytej diskriminácii takto určenej podmienky účasti a jej neobjektívnej výpovednej hodnote kontrolovaný konštatuje, že ich považuje za čisto špekulatívne, absurdné a bezobsažné. Kontrolovaný uvádza, že považuje za absurdné všetky tvrdenia navrhovateľa uvedené v bode 10 tohto rozhodnutia a dodáva, že predmetné tvrdenia navrhovateľa preukazujú špekulatívnosť jeho zmýšľania.
39. Kontrolovaný je presvedčený, že práve kumuláciou preukázania splnenia predmetnej podmienky účasti a preukázaním požiadaviek na predmet zákazky uvedených v bodoch 8.1. a 8.2. časti B.1 „Opis predmetu zákazky“ súťažných podkladov získa istotu, že predmet zákazky bude plnený naozaj fundovaným zmluvným partnerom, a to kvalitne, bezpečne, odborne, riadne a včas.
40. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k **bodu 2 prvej časti námietok** navrhovateľa poukazuje na účel princípov hospodárnosti a efektívnosti a taktiež na svoje zákonné povinnosti, ktoré mu vyplývajú z osobitných právnych predpisov (z. č. 523/2004 Z. z., z. č. 357/2015 Z. z.). Kontrolovaný má za to, že hospodársku súťaž v oblasti predmetu zákazky nijakým spôsobom neobmedzil a pri kreovaní súťažných podkladov postupoval v zmysle navrhovateľom uvádzaných postulátov, a to so starostlivosťou riadneho hospodára. Kontrolovaný konštatuje, že uskutočnil podrobný prieskum trhu v oblasti poskytovania predmetu zákazky, pričom podmienky účasti a požiadavky na predmet zákazky určil v súlade so zákonom o verejnom

obstarávaní a so situáciou, ktorá je na trhu v oblasti predmetu zákazky, a to všetko po dôkladnom zvážení možností trhu. Kontrolovaný ako súčasť svojho vyjadrenia predložil dokument dostupný na webovom sídle navrhovateľa označený ako „Akceptačné miesta stravovacej karty eDOXX“ (aktualizovaný k 7. 2. 2017, t. j. po uplynutí lehoty na predkladanie ponúk), z ktorého podľa jeho názoru vyplýva, že sieť akceptačných miest navrhovateľa nepokrýva všetky pracoviská kontrolovaného, tzn., že **navrhovateľ nie je objektívne schopný zabezpečiť sprostredkovanie stravovania zamestnancom kontrolovaného v súlade s § 152 Zákonníka práce a s požiadavkami kontrolovaného určenými v súťažných podkladoch.** Kontrolovaný dodáva, že na podporu svojich tvrdení urobil aj krátky a stručný sumár pokrytia akceptačných miest navrhovateľa v kontexte jeho požiadaviek na predmet zákazky uvedených v bodoch 8.1. a 8.2. časti B.1 „Opis predmetu zákazky“ súťažných podkladov, pričom má za to, že navrhovateľ nespĺňa ním zadefinované požiadavky na predmet zákazky.

41. Kontrolovaný konštatuje, že si je plne vedomý svojich povinností pri príprave verejného obstarávania, avšak dopĺňa, že jeho povinnosťou je poznať trh v oblasti predmetu zákazky ako celok, nielen v súvislosti so zákazkami zadávanými verejnými obstarávateľmi a obstarávateľmi, resp. plneniami subjektov pôsobiacich na trhu v oblasti predmetu zákazky vo vzťahu k verejným obstarávateľom a obstarávateľom. Kontrolovaný konštatuje, že povinnosť uvedenú v § 152 Zákonníka práce majú nielen subjekty verejnej správy, ale aj subjekty so statusom zamestnávateľa pôsobiace v súkromnom sektore. Tvrdenia navrhovateľa o tom, že referencie uvedené v evidencii referencií podľa § 12 zákona o verejnom obstarávaní a verejné obstarávania uvedené vo Vestníku verejného obstarávania by mali byť akýmsi ukazovateľom situácie na trhu v oblasti predmetu zákazky, kontrolovaný považuje za účelové, tendenčné a scestné, nakoľko má povinnosť skúmať trh ako taký, pretože jedine takýmto prieskumom môže dôjsť k objektívnemu poznaniu trhu.
42. Kontrolovaný konštatuje, že **v čase prípravy tohto verejného obstarávania pôsobilo na relevantnom trhu šesť spoločností** (t. j. na území Slovenskej republiky), z ktorých päť poskytovalo elektronické stravovacie poukážky. Kontrolovaný ďalej konštatuje, že ním určenú podmienku účasti dokázu splniť minimálne štyri spoločnosti pôsobiace na slovenskom trhu a taktiež aj subjekty pôsobiace na európskom trhu, keďže trend digitalizácie stravovacích poukážok sa prejavuje aj v ďalších štátoch, ktoré konkretizuje. Kontrolovaný dodáva, že v súčasnosti (ku dňu vypracovania odborného stanoviska) pôsobí na území Slovenskej republiky šesť spoločností, ktoré poskytujú elektronické stravovacie poukážky.
43. Kontrolovaný má za to, že tvrdenia navrhovateľa uvedené v bode 16 tohto rozhodnutia sú nepravdivé, keďže uvedenú podmienku účasti dokáže preukázať aj iný subjekt pôsobiaci na slovenskom a jednotnom európskom trhu. Kontrolovaný na základe uvedeného konštatuje, že venoval príprave súťažných podkladov dostatočnú pozornosť a pri určovaní podmienky účasti postupoval v súlade s princípom hospodárnosti a efektívnosti, keďže na trhu je poskytovanie elektronických stravovacích poukážok bežné už niekoľko rokov a **na slovenskom trhu pôsobia minimálne štyri subjekty, ktoré disponujú možnosťou preukázať uvedenú podmienku účasti.** Kontrolovaný zároveň zdôrazňuje, že sa dôrazne ohradzuje voči tvrdeniam navrhovateľa, že nedovolené obmedzuje hospodársku súťaž. Naopak kontrolovaný má za to, že hospodársku súťaž otvoril aj subjektom pôsobiacim na európskom trhu, a to práve aj určením hodnoty poskytnutých služieb v rámci preukázania splnenia podmienky účasti v súlade s princípom proporcionality, keďže vzhľadom na celkový finančný objem zákazky 17 256 800,- EUR bez DPH na obdobie 4 rokov požaduje preukázanie poskytnutých

služieb za predchádzajúce tri roky v celkovej súhrnnej hodnote aspoň 4 000 000,- EUR bez DPH.

44. Kontrolovaný vo svojom vyjadrení k **druhej časti námietok** navrhovateľa poukazuje na § 44 zákona o verejnom obstarávaní a taktiež na skutočnosť, že v súťažných podkladoch určil celkovo štyri kritériá na vyhodnotenie ponúk, a to s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku a pomocné kritérium na vyhodnotenie ponúk, ktoré predstavuje ultima ratio vo vzťahu k možnosti určenia úspešného uchádzača, ku ktorého uplatneniu nemusí ani dôjsť. Kontrolovaný poukazuje na metodiku zadávania zákaziek, z ktorej vyplýva možnosť aplikácie kvalitatívneho kritéria na vyhodnotenie ponúk v súvislosti s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. g) zákona o verejnom obstarávaní, pričom má za to, že uvedené je možné analogicky aplikovať aj v súvislosti s podmienkou účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní s prihliadnutím na exemplifikatívny výpočet možných kritérií kvality uvedených v § 44 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní. Kontrolovaný je toho názoru, že v rámci tejto podmienky účasti môže vyžadovať preukázanie poskytnutia služieb v určenej oblasti a v určenej hodnote a zároveň môže ako kritérium na vyhodnotenie ponúk v rámci kritéria najlepšieho pomeru ceny a kvality stanoviť, že uchádzačovi bude napr. za každých XY EUR nad rámec minimálnej hodnoty poskytnutých služieb pridelený 1 bod, atď., a to všetko, samozrejme, s prihliadnutím na špecifiká a predmet tej ktorej zákazky.
45. Podľa názoru kontrolovaného nie je možné tvrdiť, že predmetné pomocné kritérium mu neprináša žiadnu ekonomickú výhodu a dodáva, že určil požiadavky na predmet zákazky tak, aby umožnil účasť čo možno najväčšiemu počtu hospodárskych subjektov. Kontrolovaný má za to, že pomocné kritérium najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky je jediný možný ďalší ukazovateľ za účelom vyhodnotenia ekonomického prínosu poskytovateľa, okrem ukazovateľov, ktoré boli určené ako „riadne“ kritériá na vyhodnotenie ponúk. Kontrolovaný má za to, že práve hodnota poskytnutej služby je ukazovateľom toho, že poskytovateľ je objektívne (dedukujúc z hodnoty poskytnutej služby) schopný poskytnúť ekonomický prínos kontrolovanému s ohľadom na predpoklad veľkosti akceptačnej siete v súvislosti s hodnotou poskytnutej služby. Kontrolovaný konštatuje, že v rámci preukazovania splnenia podmienok účasti hodnotí poskytnutie služieb v určenej oblasti a v minimálnej určenej hodnote, avšak v rámci pomocného kritéria posudzuje iný údaj, ktorý nebol požadovaný a ani nemohol byť požadovaný v rámci preukazovania splnenia podmienky účasti, a to vyššiu hodnotu jednej poskytnutej služby, ktorou uchádzač preukáže, že predmetnú službu dokáže poskytovať vo väčšom rozsahu za súčasného preukázania dostatočnej kvality poskytnutej služby, čo je pre kontrolovaného vzhľadom na jeho veľkosť nespochybniteľne dôležitým ukazovateľom a prínosom, pričom ide o informáciu o uchádzačovi, ktorá **je v reálnom čase aj objektívne vyhodnotiteľná**.
46. Kontrolovaný zdôrazňuje, že uplatnenie tohto pomocného kritéria na vyhodnotenie ponúk zároveň predstavuje riešenie patovej situácie, ktorá ani nemusí nastať a nie je primárne určená na zostavenie poradia uchádzačov, resp. na určenie úspešného uchádzača. Kontrolovaný ďalej konštatuje, že každopádne bez ohľadu na vyššie uvedené existuje vysoká miera pravdepodobnosti, že k uplatneniu pomocného kritéria na vyhodnotenie ponúk nedôjde, napriek tomu, že v rámci predkladania ponúk boli dvomi uchádzačmi predložené rovnaké návrhy na plnenie všetkých kritérií na vyhodnotenie ponúk, keďže bude musieť pravdepodobne vylúčiť ponuku jedného z uchádzačov, keďže nespĺňa požiadavku uvedenú v bode 8.1 časti B.1 „Opis predmetu zákazky“ súťažných podkladov.

47. Kontrolovaný konštatuje, že námietky navrhovateľa uvedené v tejto časti súvisia so skutočnosťou, že navrhovateľ nie je schopný preukázať kontrolovaným požadovanú podmienku účasti a ním určené požiadavky na predmet zákazky. Kontrolovaný je na základe uvedeného presvedčený, že určenie tohto pomocného kritéria na vyhodnotenie ponúk nemohlo odradiť navrhovateľa od účasti v tomto verejnom obstarávaní, nakoľko navrhovateľ nie je preukázateľne schopný poskytovať predmet zákazky v požadovanom rozsahu a kvalite.
48. Kontrolovaný v závere svojho vyjadrenia uvádza, že postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pričom považuje námietky navrhovateľa za nepodložené, bezpredmetné, nepravdivé, účelové a neopodstatnené. Kontrolovaný navrhuje úradu, aby námietky navrhovateľa zamietol v súlade s § 175 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní.

Skutkový stav

49. Z predloženej dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu úrad zistil nasledovné skutočnosti:
50. Kontrolovaný vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „Zabezpečenie stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok Referenčné číslo: 62402/2016-BA“ v Úradnom vestníku Európskej únie 20. 12. 2016 pod značkou 2016/S 245-447672 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 247/2016 z 21. 12. 2016 pod značkou 16919 – MSS. V závislosti od predmetu zákazky, typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky vo výške 17 256 800,- EUR bez DPH ide o nadlimitnú zákazku na poskytnutie služieb. Kontrolovaný v predmetnej verejnej súťaži postupuje podľa § 66 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní, tzv. reverznou verejnou súťažou, pričom ponuky sa nepredkladali podľa § 49 ods. 5 uvedeného zákona, t. j. neobsahovali osobitne oddelenú a uzavretú časť označenú ako „Kritériá“ a osobitne oddelenú a uzavretú časť označenú ako „Ostatné“. Súťažné podklady v predmetnej verejnej súťaži kontrolovaný poskytol prostredníctvom systému EVO 7 záujemcom, pričom v lehote na predkladanie ponúk, t. j. do 30. 1. 2017 do 9:00 hod. predložili ponuku 2 uchádzači. Otváranie ponúk sa uskutočnilo 22. 2. 2017 o 10:00 hod.. Navrhovateľ si v zmysle auditného záznamu prevzal súťažné podklady 4. 1. 2017. Navrhovateľ doručil 12. 1. 2017 kontrolovanému žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch podľa § 164 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ktorú kontrolovaný oznámením o zamietnutí žiadosti o nápravu, doručeným navrhovateľovi 19. 1. 2017, v celom rozsahu zamietol. Navrhovateľ následne osobne doručil 25. 1. 2017 úradu ako aj kontrolovanému námietky smerujúce proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch v predmetnej verejnej súťaži.
51. V oddiele A.1 „Pokyny pre záujemcov a uchádzačov“, časť I „Všeobecné informácie“, bod 2. „Úvodné ustanovenia“ súťažných podkladov je okrem iného uvedené, cit.: „2.6 Systém EVO bude použitý pre on-line odosielenie oznámení verejným obstarávateľom, pre poskytnutie súťažných podkladov pre záujemcov a pre komunikáciu a vysvetlenie. (...) 2.8 Súťažné podklady sa poskytujú prostredníctvom portálu EVO a súčasne sú zverejnené v profile verejného obstarávateľa na portáli www.uvo.gov.sk“.
52. Kontrolovaný v časti A.2 „Podmienky účasti uchádzačov“, bod 3. „Podmienky účasti vo verejnom obstarávaní v zmysle § 34 až § 36 zákona týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzača“ súťažných podkladov stanovil v podbode 3.1 podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pričom uviedol okrem iného aj nasledovné, cit.: „3.1.1 **Doklady a dokumenty, ktorými uchádzač preukazuje splnenie**

podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona: - Uchádzač predloží **zoznam poskytnutých služieb** rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania **v súhrnnej hodnote minimálne 4 000 000,- EUR bez DPH, pričom aspoň jedna poskytnutá služba bola v hodnote minimálne 400 000,- EUR bez DPH. Za služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky sa považuje poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok.** Za vyhlásenie verejného obstarávania sa na účely vyhodnotenia splnenia tejto podmienky účasti považuje zverejnenie oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Dodatku k Úradnému vestníku Európskej únie alebo vo Vestníku verejného obstarávania podľa toho, ktorá skutočnosť nastane skôr. (...) **Odôvodnenie primeranosti** použitia podmienky účasti podľa bodu 3.1 tejto časti súťažných podkladov vo vzťahu k predmetu zákazky a potreba jej zahrnutia medzi podmienky účasti podľa § 38 ods. 5 zákona: Určenie tejto podmienky účasti týkajúcej sa technickej alebo odbornej spôsobilosti zohľadňuje povahu, rozsah a zložitosť predmetu zákazky. Verejným obstarávateľom určená podmienka účasti vyplýva z potreby preukázania minimálnych praktických skúseností uchádzača s poskytovaním stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok. (...) Požadovaná hodnota minimálneho objemu služieb je vzhľadom k predpokladanej hodnote zákazky primeraná a verejný obstarávateľ považuje za potrebné, aby uchádzač preukázal, že v predmetnej oblasti má dostatočné skúsenosti na poskytnutie služby.“.

53. Kontrolovaný v časti A.3 „Kritériá na vyhodnotenie ponúk a pravidiel ich uplatnenia“ súťažných podkladov stanovil s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku 4 základné kritériá s nasledovnými relatívnymi váhami: kritérium č. 1 - najnižšia celková cena za 1 ks elektronickej stravovacej poukázky v EUR s DPH - max. 80 bodov, kritérium č. 2 - najkratšia lehota dodania elektronických stravovacích poukázok v hodinách – max 5 bodov, kritérium č. 3 - platnosť elektronickej stravovacej poukázky na elektronickej stravovacej karte v mesiacoch – max. 7,5 bodov, kritérium č. 4 - vzostupné čerpanie elektronických stravovacích poukázok z elektronickej stravovacej karty - 7,5 bodov, za ktoré mohla ponuka uchádzača získať maximálny počet bodov 100. Kontrolovaný zároveň v bode 10 tejto časti súťažných podkladov uviedol nasledovné, cit.: „V prípade, ak verejný obstarávateľ pri vyhodnocovaní ponúk zostaví poradie uchádzačov a **na prvom mieste sa umiestnia viacerí uchádzači, ktorí predložili rovnaké návrhy na plnenie všetkých kritérií na vyhodnotenie ponúk,** verejný obstarávateľ **označí ako úspešnú ponuku toho uchádzača, ktorý na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona preukázal spôsobom uvedeným v bode 3.1 v časti A.2 „Podmienky účasti uchádzačov“** týchto súťažných podkladov **najvyššiu hodnotu jednej poskytnutej služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky** za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania v EUR bez DPH. Za službu rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky sa považuje poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok. Verejný obstarávateľ bude v prípade, ak uchádzač preukázal splnenie podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona jednotným európskym dokumentom, na účely vyhodnotenia ponúk postupovať v súlade s § 39 ods. 6 zákona a na zabezpečenie riadneho priebehu verejného obstarávania písomne požiada uchádzača o predloženie dokladu alebo dokladov na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona nahradených jednotným európskym dokumentom.“.
54. Kontrolovaný v časti B.1 „Opis predmetu zákazky“ bod 1. „Predmet plnenia“ súťažných podkladov uviedol okrem iného aj nasledovné, cit.: „1.1. Predmetom plnenia je zabezpečenie stravovania pre zamestnancov objednávateľa v súlade s ustanovením § 152 zákona č.

311/2001 Z. z. Zákonník práce v platnom znení a so zákonom č. 87/2009 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 377/2004 Z. z. o ochrane nefajčiarov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov **formou elektronických stravovacích poukážok asociovaných**

k elektronickým stravovacím kartám v zariadeniach partnerov uchádzača, tzn. v uchádzačom zazmluvnených stravovacích zariadeniach, v ktorých sú poskytované teplé hlavné jedlá a v uchádzačom zazmluvnených zariadeniach predávajúcich potravinový tovar **s možnosťou platby elektronickou stravovacou kartou poskytovateľa** (ďalej len „stravovacie zariadenia“).“. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v tejto časti súťažných podkladov zadefinoval požiadavky na predmet zákazky v tomto verejnom obstarávaní.

Právny rámec

55. Podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ musia dodržať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie hospodárskych subjektov, princíp transparentnosti, princíp proporcionality a princíp hospodárnosti a efektívnosti.
56. Podľa § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní príprava a zadávanie zákaziek, koncesií a súťaže návrhov sa nesmú realizovať so zámerom nedovoleného uplatnenia výnimky z tohto zákona alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov.
57. Podľa § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní zdokumentovať celý priebeh verejného obstarávania s dôrazom na preskúmateľnosť rozhodnutí prijatých vo všetkých fázach verejného obstarávania, bez ohľadu na použité prostriedky komunikácie. Na tento účel evidujú kompletnú dokumentáciu, ktorú uchovávajú päť rokov odo dňa odoslania oznámenia o výsledku verejného obstarávania; rovnopis zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy uchovávajú počas celej doby jej trvania.
58. Podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní technická spôsobilosť alebo odborná spôsobilosť sa preukazuje zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; dokladom je referencia, ak odberateľom bol verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ podľa tohto zákona.
59. Podľa § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určia na preukázanie splnenia finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky alebo koncesie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môžu vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ odôvodnia primeranosť každej určenej podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti vo vzťahu k predmetu zákazky alebo koncesie a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v oznámení o koncesii.
60. Podľa § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vyhodnocujú ponuky na základe objektívnych kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktoré súvisia s predmetom zákazky, s cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku. Verejným

obstarávateľom a obstarávateľom určené kritériá musia byť nediskriminačné a musia podporovať hospodársku súťaž.

61. Podľa § 44 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní ponuky sa vyhodnocujú na základe a) najlepšieho pomeru ceny a kvality, b) nákladov použitím prístupu nákladovej efektívnosti najmä nákladov počas životného cyklu alebo c) najnižšej ceny.
62. Podľa § 44 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní najlepší pomer ceny a kvality sa posúdi na základe ceny alebo nákladov a ďalších kritérií, ktoré zahŕňajú kvalitatívne, environmentálne alebo sociálne hľadiská súvisiace s predmetom zákazky a ktorými sú najmä kvalita vrátane technického prínosu, estetické a funkčné vlastnosti, prístupnosť, riešenia vhodné pre všetkých používateľov, sociálne, environmentálne a inovačné charakteristické znaky, obchodovanie a jeho podmienky, organizácia, kvalifikácia a skúsenosti zamestnancov určených na plnenie zmluvy alebo koncesnej zmluvy, ak kvalita týchto zamestnancov môže mať významný vplyv na úroveň plnenia, záručný servis, pozáručný servis, technická pomoc, dodacie podmienky, ako je dátum dodania, spôsob dodania, lehota dodania alebo termín ukončenia, ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti aj bezpečnosť dodávky, interoperabilita a prevádzkové charakteristiky.
63. Podľa § 152 ods. 1 Zákonníka práce zamestnávateľ je povinný zabezpečovať zamestnancom vo všetkých zmenách stravovanie zodpovedajúce zásadám správnej výživy priamo na pracoviskách alebo v ich blízkosti; túto povinnosť má aj zamestnávateľ alebo agentúra dočasného zamestnávania voči dočasne pridelenému zamestnancovi. Túto povinnosť nemá voči zamestnancom poslaným na pracovnú cestu, s výnimkou zamestnancov poslaných na pracovnú cestu, ktorí na svojom pravidelnom pracovisku odpracovali viac ako štyri hodiny. Povinnosť zamestnávateľa ustanovená v prvej vete sa nevzťahuje na zamestnancov pri výkone práce vo verejnom záujme v zahraničí.
64. Podľa § 152 ods. 2 Zákonníka práce zamestnávateľ zabezpečuje stravovanie podľa odseku 1 najmä poskytovaním jedného teplého hlavného jedla vrátane vhodného nápoja zamestnancovi v priebehu pracovnej zmeny vo vlastnom stravovacom zariadení, v stravovacom zariadení iného zamestnávateľa alebo zabezpečí stravovanie pre svojich zamestnancov prostredníctvom právnickej osoby alebo fyzickej osoby, ktorá má oprávnenie sprostredkovať stravovacie služby, ak ich sprostredkuje u právnickej osoby alebo fyzickej osoby, ktorá má oprávnenie poskytovať stravovacie služby. Nárok na poskytnutie stravy má zamestnanec, ktorý v rámci pracovnej zmeny vykonáva prácu viac ako štyri hodiny. Ak pracovná zmena trvá viac ako 11 hodín, zamestnávateľ môže zabezpečiť poskytnutie ďalšieho teplého hlavného jedla.

Právne posúdenie úradom

Úrad preskúmal postup kontrolovaného v predmetnom verejnom obstarávaní v rozsahu namietaných skutočností a po zhodnotení všetkých podkladov, najmä dokumentácie predloženej kontrolovaným, vyjadrenia kontrolovaného a navrhovateľom namietaných skutočností, konštatuje nasledovné:

K spornému splneniu procesnej podmienky na začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok

65. Úrad uvádza, že pred samotným posúdením opodstatnenosti námietok navrhovateľa považuje za potrebné vyjadriť sa k posúdeniu splnenia procesnej podmienky na začatie konania

o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, ktoré je sporné, a to k posúdeniu skutočnosti, či navrhovateľ splnil lehotu na doručenie žiadosti o nápravu v zmysle § 164 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, a teda aj procesné podmienky na začatie konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok.

66. Úrad poukazuje na to, že záujemcovia v predmetnej verejnej súťaži mohli získať prístup k súťažným podkladom po registrácii v systéme EVO. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na skutočnosť, že kontrolovaný v súťažných podkladoch (bod 51 tohto rozhodnutia) uviedol, že súťažné podklady sa poskytujú prostredníctvom portálu EVO. Úrad ďalej konštatuje, že z auditného záznamu systému EVO vyplýva, že navrhovateľovi boli predmetné súťažné podklady poskytnuté až 4. 1. 2017, pričom uvedené preukazuje email automaticky generovaný a odoslaný zo systému EVO. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že kontrolovaný poskytol súťažné podklady navrhovateľovi 3. 1. 2017 aj prostredníctvom emailu, t. j. spôsobom neuvedeným v súťažných podkladoch.
67. Úrad k argumentácii kontrolovaného, ktorý tvrdí, že navrhovateľ si prevzal súťažné podklady preukázateľne v čase medzi 22. 12. 2016 až 29. 12. 2016 (kedy navrhovateľ vyvíjal na seba nadväzujúce aktivity v systéme EVO a inú komunikáciu s kontrolovaným) a že lehota na podanie žiadosti o nápravu uplynula podľa § 164 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní najneskôr 9. 1. 2017 (tzn. 10. deň od potvrdenia správnosti registrácie navrhovateľom, pričom podľa kontrolovaného sa tak mohlo stať aj skôr), konštatuje, že argumentácia kontrolovaného vychádza z nesprávneho právneho posúdenia veci. Úrad nepopiera, že navrhovateľ sa pred samotným prevzatím súťažných podkladov zaregistroval v systéme EVO a že prostredníctvom systému EVO boli uskutočnené úkony smerujúce k potvrdeniu správnosti registrácie navrhovateľa, avšak k samotnému prevzatiu súťažných podkladov cez systém EVO došlo až 4. 1. 2017.
68. Úrad vzhľadom na uvedené poukazuje na ustanovenie § 164 ods. 3 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, z ktorého vyplýva, že **žiadosť o nápravu musí byť doručená verejnému obstarávateľovi**, obstarávateľovi alebo osobe podľa § 8 zákona o verejnom obstarávaní **do 10 dní odo dňa prevzatia súťažných podkladov**, v predmetnom prípade od okamihu otvorenia súťažných podkladov v systéme EVO prostredníctvom odkazu uvedeného v registračnom e-maile. Uvedené konštatovanie úradu je v súlade s metodickým usmernením č. 4171-5000/2016 z 21. 03. 2016, z ktorého okrem iného vyplýva, cit.: „Pri realizácii verejného obstarávania prostredníctvom systému EVO **odporúčame na doručenie žiadosti o nápravu proti podmienkam v súťažných podkladoch**, ku ktorým sa poskytuje priamy a neobmedzený prístup elektronickými prostriedkami, **akceptovať 10-dňovú lehotu odo dňa otvorenia súťažných podkladov v systéme EVO**, t. j. uplatnením priaznivejšej lehoty voči záujemcovi na účinné využitie možnosti podania žiadosti o nápravu.“. Podľa názoru úradu je predmetné metodické usmernenie, ktoré sa síce vzťahuje na zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, primerane aplikovateľné aj na situáciu, ktorá nastala v tomto verejnom obstarávaní. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že okamih prevzatia súťažných podkladov zo systému EVO sa nemôže zakladať na domnienkach kontrolovaného o hypotetickej možnosti prístupu k súťažným podkladom zo strany navrhovateľa, ale na reálnom otvorení súťažných podkladov navrhovateľom v systéme EVO.
69. Úrad má vzhľadom na vyššie uvedené za to, že rozhodným pre začiatok plynutia lehoty na podanie žiadosti o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch bol dátum 4. 1. 2017, t. j. kedy fakticky došlo k prevzatiu súťažných podkladov v systéme EVO.

Vzhľadom na skutočnosť, že navrhovateľ doručil žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch 12. 1. 2017, má úrad za to, že **procesná podmienka začatia konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok, resp. podmienka na meritórne rozhodnutie vo veci bola navrhovateľom splnená.**

K bodu 1 prvej časti námietok navrhovateľa

70. Úrad konštatuje, že verejný obstarávateľ postupuje pri určení podmienok účasti v súlade s § 38 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad uvádza, že verejný obstarávateľ je oprávnený stanoviť podmienky účasti týkajúce sa technickej alebo odbornej spôsobilosti a doklady na ich preukázanie v súlade s ustanovením § 34 zákona o verejnom obstarávaní. Verejný obstarávateľ zároveň v súlade s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní môže stanoviť minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia, ako aj technickej alebo odbornej spôsobilosti. Určenie konkrétnych podmienok účasti, ich minimálnej úrovne, ako aj dokladov slúžiacich na ich preukázanie, je v kompetencii a zodpovednosťou samotného verejného obstarávateľa, avšak pri ich stanovovaní je povinný dodržať princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. že podmienky účasti, **ich minimálna úroveň** a doklady slúžiace na ich preukázanie musia byť stanovené transparentne, nediskriminačne, aby umožňovali rovnaké zaobchádzanie so záujemcami alebo uchádzačmi a zároveň aj čestnú hospodársku súťaž. Verejný obstarávateľ je ďalej povinný pri ich stanovení dodržať ustanovenie § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, tzn. že podmienky účasti musia byť **primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky**. Posudzovať ich primeranosť a súvislosť s predmetom zákazky je pritom potrebné vždy s prihliadnutím na povahu, charakter, náročnosť, význam a účel predmetu tej ktorej zákazky so zohľadnením okolností, prípadne špecifik jej plnenia.
71. V posudzovanom prípade kontrolovaný určil podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, pričom v rámci technickej alebo odbornej spôsobilosti požadoval od uchádzačov okrem iného predložiť **zoznam poskytnutých služieb rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky** za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania. Kontrolovaný zároveň v rámci predmetnej podmienky účasti uviedol, že **za služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky sa považuje poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok**. Úrad konštatuje, že uchádzači boli oprávnení v súlade s pravidlom stanoveným v súťažných podkladoch predložiť v rámci zoznamu poskytnutých služieb len tie služby, ktoré poskytl odberateľom za predchádzajúce tri roky (kontrolovaný rozhodné obdobie určil pri tejto podmienke účasti **od 19. 12. 2013 do 19. 12. 2016**) od zverejnenia oznámenia o vyhlásení tohto verejného obstarávania v Úradnom vestníku verejného obstarávania.
72. Navrhovateľ v bode 1 prvej časti námietok namieta skutočnosť, že **kontrolovaný obmedzením akceptovaných referenčných služieb len na elektronické stravovacie poukázky stanovil nezákonnú podmienku účasti**, pretože predmet zákazky je schopný plniť aj dodávateľ, ktorý v minulosti zabezpečoval stravovanie vo forme papierových stravovacích poukázok. Úrad konštatuje, že kontrolovaný je v rámci opisu predmetu zákazky oprávnený stanoviť formu stravných poukázok, ak je ním vyžadovaná forma objektívne schopná dosiahnuť účel verejného obstarávania (sprostredkovanie stravovania na celom území Slovenskej republiky). Úrad konštatuje, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní v časti B.1 „Opis predmetu zákazky“ súťažných podkladov určil (vyžadoval) **elektronickú formu stravovacích poukázok** a taktiež v tejto súvislosti zadefinoval ďalšie relevantné požiadavky

týkajúce sa predmetu plnenia, ktoré uchádzači musia splniť (t. j. sú nevyhnutným predpokladom na zrealizovanie predmetu zákazky). Úrad vzhľadom na kontrolovaným zadefinovaný opis predmetu zákazky má za to, že kontrolovaný v rámci určenej podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a.) zákona o verejnom obstarávaní **bol oprávnený vyžadovať poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok**. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na **zásadné technologické rozdiely**, ktoré existujú medzi zabezpečením stravovania formou elektronických stravovacích poukázok a papierovou formou stravovacích poukázok, keďže pri zabezpečení stravovania formou elektronických stravovacích poukázok je dodávateľ povinný zabezpečiť v súvislosti so samotnou realizáciou zákazky aj také činnosti a úkony, ktoré sa pri zabezpečovaní stravovania papierovou formou stravovacích poukázok nevyskytujú, resp. nie sú nevyhnutne potrebné na realizáciu takejto zákazky.

73. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že poskytovanie služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok je rozdielnym a unikátnym plnením (v kontexte požiadaviek technickej a technologickej náročnosti zabezpečenia týchto služieb) v porovnaní s poskytovaním služieb prostredníctvom papierových poukázok, a preto kontrolovaný nepostupoval v rozpore s princípom proporcionality, ak v rámci podmienky účasti vyžadoval, aby uchádzači v zozname poskytnutých služieb uviedli len poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že takýmto spôsobom si vie kontrolovaný overiť skúsenosti uchádzačov na relevantnom trhu elektronických stravovacích poukázok, nakoľko táto zákazka musí byť realizovaná v súlade s jeho požiadavkami uvedenými v súťažných podkladoch, a to prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok.
74. Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaný sa nedopustil skrytej diskriminácie, keďže vzhľadom na predmet zákazky bol v rámci preukazovania splnenia tejto podmienky účasti oprávnený od uchádzačov vyžadovať preukázanie zoznamu poskytnutých služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok, pričom takto nastavená požiadavka sama osebe nemohla odradiť žiadnych záujemcov, ktorí pôsobia na relevantnom trhu od predloženia ponuky v tomto verejnom obstarávaní.
75. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa v prvej časti v bode 1 **sú neopodstatnené**. Úrad zároveň konštatuje, že k minimálnej úrovni technickej alebo odbornej spôsobilosti vyžadovanej kontrolovaným pri podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní sa vyjadrí v rámci právneho posúdenia úradu k bodu 2 prvej časti námietok navrhovateľa.

K bodu 2 prvej časti námietok navrhovateľa

76. Navrhovateľ v bode 2 prvej časti námietok namieta skutočnosť, že kontrolovaný **nedovoleným spôsobom obmedzil hospodársku súťaž a taktiež poukazuje na rozpor s princípom hospodárnosti a efektívnosti**. Navrhovateľ v tejto súvislosti poukazuje na nedostatočný prieskum trhu, ktorý uskutočnil kontrolovaný pri príprave tohto verejného obstarávania a na skutočnosť, že kontrolovaný nastavením minimálnej úrovne technickej alebo odbornej spôsobilosti pri podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní fakticky určil uchádzača č. 1 za úspešného uchádzača, keďže len tento vie splniť predmetnú podmienku účasti.

77. Úrad konštatuje, že kontrolovaný v rámci podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní požadoval od uchádzačov vo väzbe na § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní aj nasledovné, cit.: „- Uchádzač predloží **zoznam poskytnutých služieb** rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania **v súhrnnej hodnote minimálne 4 000 000,- EUR bez DPH, pričom aspoň jedna poskytnutá služba bola v hodnote minimálne 400 000,- EUR bez DPH.**“. To znamená, že tohto verejného obstarávania sa reálne mohli zúčastniť len takí uchádzači, ktorí vedia vo svojej ponuke predložiť služby v súhrnnej (celkovej) hodnote minimálne 4 000 000,- EUR bez DPH a zároveň jednu poskytnutú službu v hodnote minimálne 400 000,- EUR bez DPH. Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že takto nastavenú podmienku účasti z hľadiska hodnoty služieb by zrejme vedeli splniť aj záujemcovia, ktorí pôsobia na jednotnom európskom trhu, avšak aj keby vedeli takúto podmienku účasti splniť prostredníctvom služieb vykonaných mimo územia Slovenskej republiky, je veľmi otázne akým spôsobom by vedeli splniť požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky z hľadiska zazmluvnených zariadení s možnosťou platby elektronickou stravovacou kartou na území Slovenskej republiky (t. j. akým spôsobom by sa hodnota takýchto poskytnutých služieb pozitívnym spôsobom prejavila počas realizácie tejto zákazky pre kontrolovaného). Uvedené by v konečnom dôsledku viedlo len k tomu, že záujemcovia podnikajúci v predmete zákazky na území Slovenskej republiky, okrem uchádzača č. 1, by si museli zabezpečovať v takejto hodnote služby, ktoré sa na území Slovenskej republiky pravdepodobne nerealizovali, a to len z dôvodu, aby splnili minimálnu požadovanú úroveň štandardov určenú pri podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.
78. Úrad v súvislosti s povinnosťou kontrolovaného uskutočniť podrobný a dostatočný prieskum trhu poukazuje na § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, v ktorom je zadefinovaná základná povinnosť verejného obstarávateľa spočívajúca v tom, že príprava a zadávanie zákaziek sa nesmú realizovať so zámerom narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých hospodárskych subjektov. Úrad má za to, že v prípravnej fáze verejného obstarávania je verejný obstarávateľ povinný zohľadniť uvedenú povinnosť okrem iného taktiež aj pri koncipovaní podmienok účasti a taktiež pri aplikácii § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní, ak sa pri niektorej podmienke účasti rozhodne stanoviť (určiť) minimálnu úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti, ktorú vyžaduje, aby uchádzači splnili. Úrad s prihliadnutím na § 24 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní pre úplnosť dodáva, že aj samotný úkon, prostredníctvom ktorého kontrolovaný uskutočnil prieskum trhu, musí byť preskúmateľný, t. j. úrad by mal z neho zistiť, na základe akých konkrétnych skutočností kontrolovaný dospel k záveru, že ním vyžadovanú minimálnu úroveň technickej alebo odbornej spôsobilosti vie splniť viac ako jeden uchádzač, ktorý súčasne spĺňa aj nastavené požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky, keďže predmet zákazky sa bude realizovať na území Slovenskej republiky.
79. Úrad konštatuje, že kontrolovaný sa prostredníctvom listu z 3. 5. 2017, ktorý bol doručený úradu v ten istý deň, vyjadril aj k požiadavke úradu na predloženie informácií a dokladov týkajúcich sa uskutočneného prieskumu trhu. Kontrolovaný v tejto súvislosti uviedol, že prieskum trhu vykonal prieskumom webu (t. j. články týkajúce sa porovnávania poskytovania stravovania formou elektronických stravovacích kariet a papierových stravovacích poukázok) a taktiež prieskumom šiestich webových sídel konkrétnych poskytovateľov služieb v oblasti predmetu zákazky (poskytovatelia pôsobiaci na území Slovenskej republiky), a to najmä so zameraním na možnosti zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok. Kontrolovaný zároveň uviedol, že ďalej skúmal trh napr. aj prieskumom Vestníka verejného obstarávania, resp. profilov verejných obstarávateľov

a centrálného registra zmlúv, a to najmä za účelom určenia predpokladanej hodnoty zákazky, tzn. najmä výšky sprostredkovateľskej provízie. Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaný sa v samotnom oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu navrhovateľa nevyjadril dostatočne konkrétne a určito, ktorí záujemcovia zo subjektov pôsobiacich v predmete zákazky na území Slovenskej republiky by vedeli preukázať predmetnú podmienku účasti (okrem uchádzača č. 1), avšak poukázal na skutočnosť, že preukázanie referencií nie je viazané na poskytovanie služieb v konkrétnom štáte alebo na konkrétnom území.

80. Úrad vo vzťahu k tvrdeniam kontrolovaného uvedeným v predchádzajúcom bode uvádza, že **kontrolovaným uskutočnený prieskum trhu nie je možné vo väzbe na minimálnu požadovanú úroveň štandardov určenú pri podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní považovať za dostatočný, keďže kontrolovaný vo všeobecnej rovine poukazuje na situáciu na trhu, odkazuje na spôsoby, ktorými skúmal relevantný trh, avšak nedáva odpoveď na základnú otázku, t. j. či na území Slovenskej republiky, resp. na jednotnom európskom trhu existujú aj ďalší potenciálni záujemcovia (okrem uchádzača č. 1), ktorí kumulatívne vedia splniť podmienku účasti vyžadovanú kontrolovaným a taktiež sú schopní splniť požiadavky na predmet zákazky, ktoré si kontrolovaný vymienil v súťažných podkladoch.** Úrad konštatuje, že kontrolovaný mal možnosť svojou argumentáciou preukázať, že z piatich poskytovateľov služieb v rámci predmetu zákazky (resp. podľa odborného stanoviska v súčasnosti šiestich) je každý schopný samostatne preukázať ním vyžadovanú podmienku účasti, a to uvedením konkrétnych poskytnutých služieb v ním požadovanej hodnote.
81. Úrad zároveň konštatuje, že v tomto verejnom obstarávaní predložili ponuky dvaja uchádzači. Uchádzač č. 1 vo svojej ponuke predložil 14 referencií v celkovej súhrnnej hodnote poskytnutých služieb vo výške 15 329 532,79 EUR bez DPH, vrátane jednej referencie vo výške 7 011 304,99 EUR bez DPH. Druhým uchádzačom bola spoločnosť DDD (ďalej len „uchádzač č. 2“), ktorá za účelom preukázania splnenia podmienky účasti uzavrela zmluvu o spolupráci z 27. 1. 2017 so spoločnosťou EEE (ďalej len „partner“), ktorej predmetom je poskytnutie technických a odborných kapacít pre uchádzača č. 2 od jej partnera za účelom preukázania splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a poskytnutia jeho kapacít počas realizácie tejto zákazky. Úrad konštatuje, že uchádzač č. 2 predložil vo svojej ponuke zoznam svojich poskytnutých služieb vo výške 2 275 999,4 EUR bez DPH a taktiež zoznam poskytnutých služieb partnera vo výške 1 891 189,- EUR bez DPH, t. j. v celkovej hodnote 4 167 188,4 EUR bez DPH (spolu). Úrad zároveň dodáva, že uchádzač č. 2 a taktiež aj partner uchádzača č. 2 disponujú každý samostatne taktiež jednou poskytnutou službou vo výške minimálne 400 000,- EUR bez DPH. Na základe vyššie uvedeného úrad konštatuje, že uchádzač č. 2, resp. partner uchádzača č. 2 by sa zrejme nevedeli samostatne zúčastniť tohto verejného obstarávania, keďže by nesplnili celkovú hodnotu poskytnutých služieb vyžadovanú kontrolovaným pre účely splnenia tejto podmienky účasti.
82. Úrad konštatuje, že uchádzači boli oprávnení v súlade s pravidlom stanoveným v súťažných podkladoch predložiť v rámci zoznamu poskytnutých služieb len tie služby, ktoré poskytl odberateľom za predchádzajúce tri roky v rozhodnom období **od 19. 12. 2013 do 19. 12. 2016**, t. j. od zverejnenia oznámenia o vyhlásení tohto verejného obstarávania v Úradnom vestníku verejného obstarávania. Úrad konštatuje, že predmetný trh zabezpečovania stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok je v súčasnosti nový a stále sa vyvíja (ide o technologickú novinku), pričom aj v rozhodnom období stanovenom kontrolovaným sa realizoval malý počet zákaziek pre verejných obstarávateľov, resp. pre

odberateľov zo súkromného sektora, nakoľko odberatelia majú stále možnosť si vybrať zabezpečenie stravovania vo forme papierových stravovacích poukážok. Úrad v tejto súvislosti dáva do pozornosti, že je **potrebné striktne odlišovať medzi počtom poskytovateľov, ktorí vedia zabezpečiť poskytnutie stravovacích služieb prostredníctvom elektronických stravovacích poukážok a počtom ako aj hodnotou uskutočnených služieb, ktoré predmetní poskytovatelia zrealizovali v rozhodnom období zadefinovanom kontrolovaným pri podmienke účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní.**

83. Úrad v súvislosti s predmetnou podmienkou účasti dáva ďalej do pozornosti princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Predmetné princípy smerujú v prvom rade k zabezpečeniu cieľa samotného zákona o verejnom obstarávaní, ktorým je zaistenie hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti nakladania s verejnými finančnými prostriedkami. Zákon tento cieľ dosahuje predovšetkým vytváraním podmienok preto, aby zmluvy, plnenie ktorých je hradené z verejných finančných prostriedkov, boli verejnými obstarávateľmi uzatvárané s cieľom zaistenia hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi dodávateľmi, teda medzi uchádzačmi a záujemcami. Práve k zaisteniu konkurencie medzi záujemcami/uchádzačmi slúžia princípy rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie. Samotný pojem diskriminácie v prvom rade implikuje rozdielny/iný prístup k jednotlivcovi, než k celku, teda odlišné zaobchádzanie s jednotlivcom v porovnaní s ostatnými členmi porovnáwanej skupiny, čo vyplýva aj zo samotného pojmu diskriminácie.
84. Na druhej strane je však nepochybné, že obmedzenie zákazu diskriminácie podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní iba na vyššie definovanú zjavnú diskrimináciu by v podstate vytvorilo jednoduchú cestu, ako zákaz diskriminácie v oblasti verejného obstarávania obísť. Najvyšší správny súd Českej republiky v rozsudku 1 Afs 20/2008 z 5. 6. 2008 prejedikoval, že akúkoľvek diskrimináciu, poňatú ako odlišné zaobchádzanie s jednotlivcom v porovnaní s ostatnými členmi porovnáwanej skupiny, je možné nastavením vhodných kritérií nahradiť takým zaobchádzaním, ktorým by sa v podstate dosiahol rovnaký výsledok, ako aplikáciou zrejmej diskriminácie. Z uvedeného teda vyplýva, že zmysel a cieľ princípu nediskriminácie nevyhnutne vedie k záveru, že tento zákaz diskriminácie zahŕňa jednak zjavnej diskriminácie, teda odlišné zachádzanie s jednotlivcom v porovnaní s celkom, ale taktiež zákaz diskriminácie skrytej, pokiaľ táto vedie k obdobným, právom zakázaným dôsledkom (v oblasti verejného obstarávania teda k poškodzovaniu hospodárskej súťaže a konkurenčného prostredia medzi dodávateľmi, t. j. uchádzačmi a záujemcami). Na tomto mieste však treba uviesť, že samotná podstata tzv. zákazu skrytej diskriminácie znemožňuje jej akúkoľvek mechanickú aplikáciu. Nie je totiž objektívne možné od verejných obstarávateľov požadovať, aby nimi vyžadované podmienky účasti, mali na všetkých potencionálnych uchádzačov rovnaké dôsledky, resp. dopad. Takáto požiadavka by ani nebola reálne možná a bola by v rozpore so zmyslom podmienok účasti, ktorým je preukázať spôsobilosť plniť predmet zákazky. **Za skrytú formu neprípustnej diskriminácie je teda treba považovať postup, ktorým verejný obstarávateľ znemožní niektorým záujemcom uchádzať sa o zákazku nastavením takých podmienok účasti, ktoré sú zjavne neprimerané vo vzťahu k predmetu zákazky, pričom je zrejmé, že práve v dôsledku takto nastavených podmienok účasti môžu do verejnej súťaže predložiť ponuku len niektorí uchádzači.** Kľúčovým problémom takto poňatej skrytej diskriminácie je teda **zjavná neprimeranosť podmienok účasti vo vzťahu ku konkrétnej verejnej zákazke.** Túto zjavnú neprimeranosť však nie je možné vymedziť všeobecne, ale je nutné ju vykladať vždy so zreteľom na individuálnu kauzu. Teda nie je možné dopredu a všeobecne stanoviť,

kedy je podmienka zjavnej neprimeranosti podmienok účasti naplnená. Samotný pojem zjavnej neprimeranosti sa vyznačuje určitou obsahovou pružnosťou, aby mohol reagovať na nekonečné množstvo situácií, na ktoré nemôže právna norma vo svojej všeobecnosti, pamätať. V každom prípade je však pri aplikácii kritéria „zjavnej neprimeranosti“ potrebné poskytnúť verejným obstarávateľom priestor pre legitímnu ekonomickú úvahu, a **teda o skrytú diskrimináciu ide tam, kde podmienky účasti sú v skutku excesívne a vybočujú z oprávnených potrieb danej zákazky**. O skrytú diskrimináciu pôjde vtedy, keď je zrejmé, že v dôsledku takto nastavených podmienok účasti nemôžu verejnú zákazku splniť niektorí z potencionálnych uchádzačov, ktorí by inak (bez neprimerane určených podmienok) boli bývali objektívne schopní predložiť v danom verejnom obstarávaní ponuku. Takto nastavené podmienky účasti totiž neplnia žiadnu rozumnú ekonomickú funkciu, ale iba, v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, bránia konkurenčnému prostrediu medzi dodávateľmi. V takýchto prípadoch majú totiž niektorí zadávatelia a priori znemožnenú účasť vo verejnej súťaži, napriek tomu, že by mohli v konečnom dôsledku predmet zákazky realizovať rovnako úspešne, ako ostatní dodávatelia.

85. Na základe vyššie uvedeného a s poukázaním na konštatovania a závery uvedené v predchádzajúcich bodoch tohto rozhodnutia má úrad za to, že ak kontrolovaný v rámci podmienok účasti technickej alebo odbornej spôsobilosti stanovil požiadavku na predloženie zoznamu poskytnutých **služieb** rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania **v súhrnnej hodnote minimálne 4 000 000,- EUR bez DPH, pričom aspoň jedna poskytnutá služba bola v hodnote minimálne 400 000,- EUR bez DPH**, na trhu zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok, ktorý sa v podmienkach Slovenskej republiky vyvíja (je relatívne nový), dostal sa takýmto konaním do rozporu s § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, predovšetkým do rozporu s princípom rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, nakoľko takto stanovená, resp. ohraničená požiadavka z hľadiska minimálnej celkovej a individuálnej hodnoty poskytnutých služieb, **mohla mať za následok odradenie záujemcov od predloženia ponuky, schopných plniť predmet zákazky v rozsahu požadovanom kontrolovaným** (t. j. mohla odradiť záujemcov, ktorí sa bežne zúčastňujú zákaziek s rovnakým predmetom plnenia ako požaduje kontrolovaný na území Slovenskej republiky).
86. Úrad vzhľadom na vyššie uvedené **konštatuje, že kontrolovaný nastavením požiadavky na predloženie zoznamu poskytnutých služieb** rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania v súhrnnej hodnote minimálne 4 000 000,- EUR bez DPH, pričom aspoň jedna poskytnutá služba bola v hodnote minimálne 400 000,- EUR bez DPH, **porušil princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko takto zadefinovanou podmienkou účasti týkajúcou sa technickej alebo odbornej spôsobilosti mohlo dôjsť**, či už priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome, **k znevýhodneniu niektorých zo záujemcov, potenciálne schopných plniť predmet zákazky v rozsahu stanovenom kontrolovaným, čo je v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, a teda aj so zákonom o verejnom obstarávaní**. Úrad zároveň konštatuje, že kontrolovaný v tomto verejnom obstarávaní obmedzil hospodársku súťaž, keďže v rozpore s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní nastavil neprimeranú podmienku účasti z hľadiska jej výšky (celkovej a individuálnej hodnoty), nakoľko nepreukázal, že okrem uchádzača č. 1 existujú subjekty (potenciálni záujemcovia), ktoré kumulatívne vedia splniť takto nastavenú podmienku účasti z hľadiska hodnoty služieb (t. j. súčasne vedia

predložiť zoznam poskytnutých služieb v celkovej minimálnej hodnote a taktiež jednu poskytnutú službu v hodnote určenej kontrolovaným) a zároveň vedieť splniť požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky z hľadiska zazmluvnených zariadení s možnosťou platby elektronickou stravovacou kartou na území Slovenskej republiky.

87. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa v prvej časti v bode 2 **sú opodstatnené.**

K druhej časti námietok navrhovateľa

88. Úrad uvádza, že v predmetnej nadlimitnej zákazke určil kontrolovaný kritérium na vyhodnotenie ponúk v zmysle § 44 ods. 3 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, t. j. ponuky sa v tomto verejnom obstarávaní vyhodnocujú na základe najlepšieho pomeru ceny a kvality. S cieľom určiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku stanovil kontrolovaný **štyri základné kritériá na vyhodnotenie ponúk**, ktoré sú uvedené v bode 53 tohto rozhodnutia. Na základe takto stanovených štyroch základných kritérií kontrolovaný určí poradie uchádzačov v tomto verejnom obstarávaní, pričom kontrolovaný v tejto časti súťažných podkladov taktiež uviedol postup pri vyhodnocovaní ponúk, ak sa na prvom mieste umiestnia viacerí uchádzači, ktorí predložia rovnaké návrhy na plnenie všetkých štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk v tomto verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že ponuku v predmetnom verejnom obstarávaní predložili dvaja uchádzači, pričom obaja uchádzači predložili rovnaké návrhy na plnenie všetkých štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk (t. j. ich ponuky obsahujú rovnaký pomer ceny a kvality), a preto kontrolovaný na základe týchto štyroch kritérií na vyhodnotenie ponúk nevie identifikovať a určiť úspešného uchádzača.
89. Kontrolovaný určil aj kritérium, ktoré sa uplatní v prípade rovnakých návrhov na plnenie všetkých štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk v tomto verejnom obstarávaní (ďalej aj „pomocné rozhodovacie kritérium“). Pomocné rozhodovacie kritérium v zmysle príslušnej časti súťažných podkladov (bod 53 tohto rozhodnutia) určil kontrolovaný tak, že ak sa **na prvom mieste umiestnia viacerí uchádzači, ktorí predložili rovnaké návrhy na plnenie všetkých kritérií na vyhodnotenie ponúk**, verejný obstarávateľ **označí ako úspešnú ponuku toho uchádzača, ktorý na preukázanie splnenia podmienky účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní preukázal spôsobom uvedeným v bode 3.1 časti A.2 „Podmienky účasti uchádzačov“ týchto súťažných podkladov najvyššiu hodnotu jednej poskytnutej služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky** za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania v EUR bez DPH. Uchádzači teda boli v procese prípravy ponúk v tomto verejnom obstarávaní povinní zohľadniť aj skutočnosť, že najvyššiu hodnotu jednej poskytnutej služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia verejného obstarávania určil kontrolovaný ako pomocné rozhodovacie kritérium. V prípade, ak by uchádzači ponúkli rovnaké návrhy na plnenie všetkých štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk, potom by o úspešnom uchádzačovi rozhodla najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby, ktorú uchádzač za účelom preukázania splnenia podmienok účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní uviedol v zozname poskytnutých služieb.
90. Úrad uvádza, že kontrolovaným určené pomocné rozhodovacie kritérium na vyhodnotenie ponúk, ktoré sa aplikuje len v prípade zhodnosti návrhov na plnenie uchádzačov (t. j. v prípade rovnosti základných kritérií na vyhodnotenie ponúk), zákon o verejnom obstarávaní výslovne neupravuje. Úpravu riešenia situácie v súťažných podkladoch, keď dvaja alebo

viacerí uchádzači predložili rovnaké ponuky pri všetkých štyroch základných kritériách na vyhodnotenie ponúk, **považuje úrad síce za účelnú a vhodnú, avšak dodáva, že aj uvedené pomocné rozhodovacie kritérium určené kontrolovaným predstavuje kritérium na vyhodnotenie ponúk, ktoré musí byť určené v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.**

91. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého je verejný obstarávateľ povinný vyhodnocovať ponuky na základe objektívnych kritérií na vyhodnotenie ponúk, ktoré súvisia s predmetom zákazky, pričom verejným obstarávateľom určené kritériá musia byť nediskriminačné a musia podporovať hospodársku súťaž. To znamená, že kontrolovaným určené kritériá na vyhodnotenie ponúk musia byť v súlade s požiadavkami uvedenými v predmetnom ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, t. j. musia spĺňať predpoklady tam uvedené. Úrad dodáva, že v § 44 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je uvedené, kedy sa kritérium na vyhodnotenie ponúk považuje za súvisiace s predmetom zákazky.
92. Úrad ďalej uvádza, že kontrolovaný v predmetnej nadlimitnej zákazke síce stanovil štyri základné kritériá na vyhodnotenie ponúk, avšak v prípade rovnosti návrhov na plnenie by sa aplikovali de facto dve kritériá – základné kritériá na vyhodnotenie ponúk a pomocné rozhodovacie kritérium, ktorým je najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby rovnakého alebo obdobného charakteru ako je predmet zákazky (t. j. najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby týkajúca sa zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok). **Úrad má za to, že všetky kritériá na vyhodnotenie ponúk musia súvisieť s predmetom zákazky, musia byť nediskriminačné a zároveň podporujúce hospodársku súťaž.**
93. Úrad má ďalej za to, že **pomocné rozhodovacie kritérium** na vyhodnotenie ponúk, ktoré spočíva v tom, že v prípade rovnosti návrhov na plnenie kritérií bude rozhodujúca najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby, uvedená v zozname poskytnutých služieb uchádzača, **nepodporuje žiadnym spôsobom hospodársku súťaž**, ba práve naopak, vedie k obmedzeniu čestnej hospodárskej súťaže, nakoľko potenciálni záujemcovia o účasť v tomto verejnom obstarávaní vedia zistiť z verejne dostupných zdrojov (napr. evidencia referencií, Vestník verejného obstarávania) aké zákazky realizovali jednotliví súťažitelia (podnikatelia), ktorí pôsobia na relevantnom trhu zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok. Úrad v tejto súvislosti poukazuje na zásadný odradzujúci účinok takto nastaveného pomocného kritéria na vyhodnotenie ponúk pre potenciálnych záujemcov, **ktorí spĺňajú požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky z hľadiska zazmluvnených zariadení** s možnosťou platby elektronickou stravovacou kartou, keďže z verejne dostupných zdrojov a z predloženej ponuky uchádzača č. 1 je možné zistiť, že najvyššiu hodnotu jednej poskytnutej služby v predmete zákazky zo subjektov pôsobiacich v predmete zákazky na území Slovenskej republiky má uchádzač č. 1 (referencia od verejného obstarávateľa Ministerstvo práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky v hodnote 7 011 304,99 EUR bez DPH), pričom ďalší potenciálni záujemcovia takto vysokou hodnotou jednej poskytnutej služby nemusia disponovať vzhľadom na skutočnosť, že trh zabezpečenia stravovania prostredníctvom elektronických stravovacích poukázok je relatívne nový (ide o technologickú novinku) a za predchádzajúce tri roky od vyhlásenia tohto verejného obstarávania sa na uvedenom trhu uskutočnil doteraz len malý počet obchodov (zákaziek) v porovnaní s trhom na zabezpečenie stravovania prostredníctvom papierových poukázok. Úrad v tejto súvislosti dodáva, že nie je pravdepodobné, že by sa tohto verejného obstarávania zúčastnil subjekt, ktorý by síce disponoval najvyššou hodnotou poskytnutej služby získanou

na relevantnom trhu (t. j. napr. aj mimo územia Slovenskej republiky), avšak by nevedel preukázať požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky, t. j. mať vybudovanú požadovanú akceptačnú sieť na území Slovenskej republiky, ktorú vyžaduje kontrolovaný.

94. Úrad má za to, že v nadväznosti na spôsob nastavenia štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk zo strany kontrolovaného, je možné konštatovať, že uchádzači predložili rovnaké návrhy na plnenie štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk a taktiež, že aj potenciálni záujemcovia (vzhľadom na charakter trhu) by predložili s vysokou mierou pravdepodobnosti rovnaké návrhy na plnenie štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk, a teda by došlo k situácii, že by kontrolovaný musel rozhodnúť na základe pomocného rozhodovacieho kritéria. Z uvedeného dôvodu by kontrolovaný musel reálne aplikovať pomocné rozhodovacie kritérium, ako prostriedok ultima ratio, ktorý povedie k identifikácii úspešného uchádzača.
95. Úrad považuje takto zadefinované pomocné rozhodovacie kritérium na vyhodnotenie ponúk za neobjektívne, keďže kontrolovaný takýmto spôsobom **nezíska v prípade uchádzača, ktorý predložil ponuku s najvyššou hodnotou** jednej poskytnutej služby za účelom splnenia podmienky účasti vyžadovanej podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní, **žiadnu „výhodu“ (pridanú hodnotu)** oproti ponuke uchádzača, ktorá bola taktiež predložená v lehote na predkladanie ponúk, avšak s nižšou hodnotou jednej poskytnutej služby ako predložil uchádzač s najvyššou hodnotou jednej poskytnutej služby. Úrad v tejto súvislosti konštatuje, že **najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby sa žiadnym spôsobom nemôže prejaviť počas realizácie tejto zákazky na jej samotnom plnení, ak platí nevyvrátiteľná domnienka, že predmet zákazky môže realizovať len taký hospodársky subjekt, ktorý spĺňa všetky požiadavky** stanovené kontrolovaným v tomto verejnom obstarávaní. To znamená, že v konečnom dôsledku takto nastavené pomocné rozhodovacie kritérium nepovedie k žiadnemu ekonomickému prínosu pre kontrolovaného.
96. Podľa názoru úradu kontrolovaný takýmto spôsobom v prípade rovnosti návrhov na plnenie štyroch základných kritérií na vyhodnotenie ponúk znevýhodňuje a diskriminuje všetkých uchádzačov, ktorí predložili ponuku v lehote na predkladanie ponúk v tomto verejnom obstarávaní, a to v rovnakej kvalite ako uchádzač, ktorý doručil ponuku s najvyššou hodnotou jednej poskytnutej služby za účelom splnenia podmienky účasti vyžadovanej podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Úrad na základe uvedeného konštatuje, že kontrolovaným zadefinované **pomocné rozhodovacie kritérium na vyhodnotenie ponúk je v rozpore s princípmi uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, najmä s princípom rovnakého zaobchádzania a princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov.**
97. Úrad má v nadväznosti na uvedené za to, že kontrolovaný stanovením najvyššej hodnoty poskytnutej služby v ponuke uchádzača ako kritéria na vyhodnotenie ponúk, ktoré sa uplatní v prípade rovnosti ponúk, **postupoval v rozpore s § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne predmetné kritérium na vyhodnotenie ponúk verejnemu obstarávateľovi nezaručuje výber ekonomicky najvýhodnejšej ponuky a kontrolovaným určené pravidlo uplatnenia tohto kritéria nepodporuje hospodársku súťaž a je diskriminačné** vo vzťahu ku uchádzačom, ktorí síce predložili ponuky v lehote na predkladanie ponúk, avšak s nižšou hodnotou poskytnutej služby ako uchádzač, ktorý predložil ponuku s najvyššou hodnotou poskytnutej služby. Úrad v tejto súvislosti poukazuje taktiež na § 44 ods. 2, pričom má za preukázané, že kontrolovaný nepreukázal súvis tohto kritéria na vyhodnotenie ponúk s predmetom zákazky, keďže neuviedol relevantné

skutočnosti, ktoré by viedli úrad k záveru, že počas poskytovania tejto služby sa z akéhokoľvek hľadiska a v ktorejkoľvek fáze tejto zákazky prejaví, resp. využije najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby, ktorú by uchádzač predložil vo svojej ponuke.

98. Na základe vyššie uvedených skutočností úrad konštatuje, že námietky navrhovateľa sú v druhej časti **opodstatnené**.
99. Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti považuje úrad námietky navrhovateľa v prvej časti v bode 1 **za neopodstatnené** a námietky v prvej časti v bode 2 a námietky v druhej časti **za opodstatnené**.
100. Podľa § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní, ak úrad v konaní o preskúmanie úkonov kontrolovaného pred uzavretím zmluvy zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie malo alebo mohlo mať vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi vo vzťahu k zákazke alebo koncesii alebo ich časti zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo koncesie, postup zadávania časti zákazky alebo časti koncesie alebo súťaž návrhov.
101. Úrad v súvislosti s ustanovením **§ 175 ods. 8 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní** uvádza, že kontrolovaný svojím postupom v predmetnom verejnom obstarávaní postupoval v rozpore s § 10 ods. 2, § 38 ods. 5, § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Úrad konštatuje, že v dôsledku neprimeranej podmienky účasti spočívajúcej v požiadavke kontrolovaného na predloženie zoznamu poskytnutých služieb v súhrnnej hodnote minimálne 4 000 000,- EUR bez DPH a jednej poskytnutej služby v hodnote minimálne 400 000,- EUR bez DPH, mohlo dôjsť k odradeniu uchádzačov od účasti vo verejnej súťaži, potencióálne schopných plniť predmet zákazky, a teda v konečnom dôsledku k obmedzeniu hospodárskej súťaže na relatívne novom trhu, ktorý sa v podmienkach Slovenskej republiky ešte len vyvíja, nakoľko predmetom zákazky je technologická novinka a počet doposiaľ uskutočnených zákaziek (obchodov) na predmetnom trhu je doposiaľ len malý. Úrad ďalej konštatuje, že kontrolovaný takto zadefinovanou podmienkou účasti **porušil princíp rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, zakotvený v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**. Úrad konštatuje, že **kontrolovaným zadefinované pomocné rozhodovacie kritérium na vyhodnotenie ponúk**, ktoré spočíva v tom, že v prípade rovnosti návrhov na plnenie štyroch základných kritérií, bude rozhodujúca najvyššia hodnota jednej poskytnutej služby uvedená v zozname poskytnutých služieb uchádzača, je **v rozpore s § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj s princípmi uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní**. Úrad zistil, že uvedeným postupom kontrolovaného bol porušený zákon o verejnom obstarávaní a porušenie mohlo mať vplyv na výsledok predmetného verejného obstarávania, a preto nariadil zrušiť použitý postup zadávania zákazky v súlade s § 175 ods. 1 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní.
102. Aby kontrolovaný v budúcnosti predišiel týmto porušeniam zákona o verejnom obstarávaní, úrad v súvislosti s ustanovením **§ 175 ods. 8 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní** odporúča kontrolovanému **stanoviť podmienku účasti podľa § 34 ods. 1 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní v spojení s § 38 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní**, s prihliadnutím na podmienky existujúce na relevantnom trhu, a to tak, aby umožnil čo najširšiu hospodársku súťaž pre všetkých relevantných súťažiteľov (dodávateľov), ktorí by boli potencióálne schopní zrealizovať predmet zákazky, t. j. splniť všetky požiadavky kontrolovaného na predmet zákazky zadefinované v súťažných podkladoch. To znamená, že kontrolovaný by takto zadefinovanou podmienkou účasti nemal obmedziť hospodársku súťaž,

t. j. fakticky znevýhodniť potencionálnych uchádzačov, ktorí podnikajú na relevantnom trhu. **Zároveň by mal mať kontrolovaný pri koncipovaní takejto podmienky účasti na zreteli princípy verejného obstarávania uvedené v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, pričom by ju mal formulovať takým spôsobom, aby nedochádzalo k obmedzovaniu, resp. odradeniu záujemcov pri predkladaní ponúk.** Úrad v tejto súvislosti dáva taktiež kontrolovanému do pozornosti § 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý je povinný taktiež zohľadniť aj pri koncipovaní podmienky účasti. Úrad ďalej odporúča kontrolovanému v prípade rovnosti cien návrhov na plnenie kritérií v ponukách uchádzačov stanoviť objektívne a nediskriminačné pomocné rozhodovacie kritérium v súlade s § 44 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj princípmi uvedenými v § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

103. Podľa § 175 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní rozhodnutie podľa odseku 1 sa zároveň doručuje všetkým úradu známym uchádzačom, záujemcom a účastníkom.

104. Na základe uvedeného bolo potrebné rozhodnúť tak, ako je uvedené vo výrokovej časti tohto rozhodnutia.

Kaucia

105. Podľa § 172 ods. 9 zákona o verejnom obstarávaní kaucia vo výške podľa odsekov 2 až 8 je príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu, ktorým boli námietky zamietnuté. Kaucia sa vo výške 35% z výšky kaucie podľa odsekov 2 až 8 stáva príjmom štátneho rozpočtu dňom nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia úradu o zastavení konania, ak navrhovateľ po začatí konania vzal späť podané námietky, a to aj vtedy, ak úrad súčasne zastaví konanie aj podľa § 174 ods. 1 písm. a) až c), f), h) alebo písm. j). Úrad vráti navrhovateľovi kauciu alebo jej časť, ktorá sa nestala príjmom štátneho rozpočtu, do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozhodnutia alebo do 30 dní odo dňa späť vzatia námietok, ak navrhovateľ vzal námietky späť pred začatím konania.

106. V súlade s predmetným ustanovením a výrokom tohto rozhodnutia úrad vráti navrhovateľovi kauciu do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia o námietkach.

P o u č e n i e :

Proti tomuto rozhodnutiu môže účastník konania o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe námietok a osoba podľa § 175 ods. 11 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov podať odvolanie podľa § 177 tohto zákona. Odvolanie musí byť doručené na Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina č. 10, 821 09 Bratislava, do 10 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia. Toto rozhodnutie je preskúmateľné súdom po vyčerpaní riadnych opravných prostriedkov a po nadobudnutí právoplatnosti. Podľa § 178 ods. 1 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov rozhodnutie úradu podľa § 175 je právoplatné márnym uplynutím lehoty na podanie odvolania alebo dňom doručenia rozhodnutia rady podľa § 177 ods. 10 alebo ods. 12 účastníkom konania a vykonateľné uplynutím lehoty na plnenie. Podľa § 178 ods. 2 zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov ak sa osoby podľa § 177 ods. 1 vzdajú odvolania alebo vezmú

svoje odvolanie späť, toto rozhodnutie nadobudne právoplatnosť dňom doručenia vzdania sa alebo späťvzatia odvolania úradu.

riadiťka odboru dohľadu I

Rozhodnutie sa doručí:

1. AAA – navrhovateľ
2. BBB – právny zástupca navrhovateľa
3. Sociálna poisťovňa, ústredie, ul. 29 augusta 8 a 10, 813 63 Bratislava – kontrolovaný

Na vedomie:

Podľa rozdeľovníka